

# LAS CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA

## Una crítica al sistema integral del derecho penal

Érika Mendes de Carvalho

Profesora-doctora de Derecho Penal. Universidad de Maringá (Brasil)

MEDES DE CARVALHO, Érika. Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: Una crítica al sistema integral del derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-10, p. 10:1-10:29. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-10.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-10 (2005), 24 jul]

**RESUMEN:** En este artículo se exponen, en primer lugar, los criterios de diferenciación más frecuentes señalados por la doctrina en el momento de elaborar la distinción entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad. No raramente se llega a la conclusión de que aquellas pertenecen al concepto del delito y estas últimas se basan únicamente en consideraciones político-criminales. Basándose en el análisis de la naturaleza jurídica de determinados supuestos especialmente conflictivos (arts. 30.3, 456.2, 260 CP), la autora llega a la conclusión de que los criterios tradicionales no convencen, puesto que también las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias ajenas al concepto de tipo de injusto informadas fundamentalmente por consideraciones político-criminales.

En la búsqueda de un criterio material capaz de distinguir entre las mencionadas circunstancias, la pertenencia al ámbito de la figura de delito se propone como esencial: las condiciones de punibilidad en sentido amplio (las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias), a diferencia de las condiciones de procedibilidad, integran, a juicio de la autora, la esfera de los elementos que condicionan la concreta imposición de la pena. Sin embargo, no considera posible reconducir, desde el punto de vista de un sistema integral de Derecho penal, las condiciones de procedibilidad al concepto de delito y tampoco a la categoría de la punibilidad, puesto que ésta sería únicamente la sede adecuada de las circunstancias político-criminales que condicionan la aplicación de la pena, y no la persecución penal del delito.

**PALABRAS CLAVES:** Punibilidad, condiciones de procedibilidad, presupuestos procesales, condiciones objetivas de punibilidad sistema de derecho penal.

Fecha de recepción: 7 junio 2005

Fecha de publicación: 24 julio 2005

**SUMARIO:** I. Consideraciones introductorias. II. Condiciones de procedibilidad y condiciones objetivas de punibilidad: delimitación conceptual. 1. Los criterios materiales tradicionales: exposición y crítica. 2. Toma de postura. III. La ubicación sistemática de las condiciones de procedibilidad: crítica al sistema integral del Derecho Penal.

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Las llamadas condiciones de procedibilidad son circunstancias ajenas a lo injusto culpable de las cuales depende la celebración de un proceso penal. En una primera aproximación al tema, es oportuno destacar que la terminología empleada – condiciones de procedibilidad<sup>1</sup> – no cuenta con la aceptación unánime de la doctrina, que utiliza para designar a esta clase de elementos las expresiones ‘presupuestos procesales’<sup>2</sup>, ‘condiciones objetivas de penalidad’<sup>3</sup> y ‘condiciones objetivas de perseguibilidad’<sup>4</sup>. Asimismo, es preciso advertir que se suele equiparar las condiciones de procedibilidad a las condiciones objetivas de punibilidad, dado que ambas son elementos completamente ajenos al concepto del delito.

En realidad, la doctrina que admite la punibilidad como una quinta categoría integrante del concepto del delito señala, además, que el reconocimiento de la punibilidad como categoría autónoma está en estrecha conexión con el establecimiento de la distinción entre las condiciones de punibilidad y los presupuestos procesales, pues si no fuera así, una de las dos categorías sería innecesaria<sup>5</sup>. Las condiciones de procedibilidad podrían poner en tela de juicio, por tanto, el reconocimiento mismo de la punibilidad como una categoría más del delito, puesto que también estos elementos – condi-

<sup>1</sup> Adoptan esta terminología, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, PG, t.III, Tecnos, Madrid, 2001, pp.275 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, Reppertor, Barcelona, 2002, pp.174 y 728; FENECH, M. *El proceso penal*, Ageda, Madrid, 1982, pp.333 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, pp.94 y ss.

<sup>2</sup> Emplean esta expresión, por ejemplo, WESSELS, J., *Derecho penal*, PG, Depalma, Buenos Aires, 1980, trad. Conrado A. Finzi, p.50; ROXIN, C. *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, pp.165 y ss.; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp.59 y ss.; MONTERO AROCA, J. “Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal (evolución jurisprudencial)”. *Justitia*, 1981, pp.245 y ss. Parte de la doctrina suele distinguir, dentro de la categoría de los presupuestos procesales, entre presupuestos y obstáculos procesales o entre presupuestos procesales y condiciones de procedibilidad (véase GIMENO SENDRA, J. V. *La querella*, pp.38 y ss.) – véase GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.59, nota 149, que resalta además que aunque el término ‘presupuestos procesales’ pueda dar lugar al entendimiento según el cual “se trata de circunstancias de las que depende la celebración de un proceso, la doctrina ha puesto de relieve que de estos elementos no depende el proceso sino la sentencia de fondo, pues su examen se realiza en el proceso, es decir, estos elementos son objeto y no presupuesto de éste” – en este sentido, GIULIANI, U. *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Cedam, Padova, 1966, pp.9 y ss.; GIMENO SENDRA, J. V., *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977, pp.60 y ss. No obstante, añade García Pérez, “no se puede objetar que se trata de circunstancias procesales de las que depende la sentencia de fondo y que, por tanto, no son causas de exención de pena, pues el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, sólo se puede realizar a través de un proceso, lo que entraña que la ausencia de un presupuesto procesal determina no sólo la imposibilidad de dictar una sentencia de fondo sino también la de imponer una pena” (GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.59-60) – así también, MIR PUIG, S., *Derecho penal* p.174.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. *Teoría general del delito*, 3 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.180.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESE/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, PG, 18 ed. Dykinson, Madrid, 1995, pp.419 y 685; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO. *Derecho penal*, PG, Teoría jurídica del delito. 2 ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp.406 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p.567 (que en realidad también emplea las expresiones ‘presupuestos de procedibilidad’ y ‘presupuestos procesales’).

<sup>5</sup> Cfr. SCHMIDHÄUSER, E. “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, *ZStW*, 1959, p.547; BEMMANN, G. *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Otto Schwartz, Göttingen, 1957, pp.22 y ss.; GIULIANI, U. *Il problema giuridico...*, p.10; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.60; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, pp.23 y 94.

ciones de procedibilidad – serían ajenos a la fundamentación y a la exclusión de lo injusto culpable, de modo que “la eventual identificación de una serie de circunstancias que son ajenas a la fundamentación y a la exclusión de lo injusto, así como al juicio de reproche de la culpabilidad es un requisito necesario, pero no suficiente para justificar la construcción de otra categoría del delito”<sup>6</sup>.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el hecho de que tanto las condiciones de procedibilidad como las condiciones objetivas de punibilidad se encuentren al margen de lo injusto culpable no supone la inclusión de dichos elementos en una misma categoría – la punibilidad – y tampoco implica la equiparación de los mismos. Además, lo decisivo para rechazar la inserción de la punibilidad entre las categorías del concepto del delito no es la proposición de una distinción precisa entre condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad, sino la improcedencia de los intentos de integrar valoraciones político-criminales en el ámbito del concepto del delito.

Ahora bien, es necesario reconocer que no es una tarea sencilla establecer una distinción exacta entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad<sup>7</sup>. Respecto a éstas últimas, se suele afirmar que condicionan únicamente el inicio del procedimiento y que entre ellas se encuentran, por ejemplo, la denuncia y la querrela<sup>8,9</sup>. Las condiciones objetivas de punibilidad, en cambio, son hechos obje-

<sup>6</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.59.

<sup>7</sup> Binding ya señalaba la necesidad del establecimiento de una diferenciación entre las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos del Derecho procesal penal, poniendo de relieve los distintos efectos jurídicos que se producen en los supuestos en cuestión – véase BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, pp.234 y ss.

<sup>8</sup> En la doctrina española, se pronuncian en el sentido del texto, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso...*, t.III, p.276; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal*, PG, PG, 3 ed. Bosch, Barcelona, 1990, p.755; RODRÍGUEZ DE VESA /SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p.419; COBO DEL ROSAL /VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 5 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.432; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO /HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp.407 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p.174; MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 5 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.417; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, p.97. Von Liszt destacaba que en los delitos contra el honor la querrela debería ser una condición objetiva de punibilidad, pues demostraría que el sujeto pasivo había sentido la lesión del bien jurídico como tal (LISZT F. VON. *Tratado de Derecho penal*, t. II, Reus, Madrid, s/d, trad. Luis Jiménez de Asúa, pp.462-463). En Italia, pese la existencia de una opinión minoritaria que sostiene que la ‘querrela’, la ‘istanza’ y la ‘richiesta’ son condiciones objetivas de punibilidad (en este sentido, por ejemplo, NUVOLONE, P. *Il sistema del Diritto penale*, 2 ed. Cedam, Padova, 1982, p.182; MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1981, p.650; BOSCHI, M. “Le condizioni obbiettive di punibilità e i reati fallimentari”. *La Giustizia Penale*, 1961, p.644), la doctrina mayoritaria estima que tales instituciones son auténticas condiciones de procedibilidad (véanse ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, Giuffrè, Milano, 1994, pp.699-700; MANTOVANI, F. *Diritto penale*, Parte Generale, 2 ed. Cedam, Padova, 1988, p.785; FIORE, C., *Diritto penale*, PG, v.I, UTET, Torino, 1996, p.386, nota 21; CAVALLIO, V. *Diritto penale*, v.II. Jovene, Napoli, 1955, p.457; CANDIAN, A. *La querela*, Giuffrè, Milano, 1951, pp.43 y ss.; VANNINI, O. “La querela”, en *Raccolta di alcuni scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1952, pp.217-218; RENDE, D. “Le condizioni del reato e le condizioni di punibilità e di procedibilità”. *Il Foro Italiano*, 1933, p.172; BRASIELLO, T. “Se sia ammissibile la nozione di ‘reato condizionale’”, en *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Jovene, Napoli, 1938, pp.503-504; BETTIOL, G., *Direito penal*, v.I, 2 ed., RT, São Paulo, 1977, trad. Paulo José da Costa Jr. y Alberto Silva Franco, pp.281-282; BRICOLA, F. “Punibilità (condizioni obbiettive di)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, Torino, 1976, t. XIV, p.602; entre otros). En Brasil, la doctrina dominante también considera que la querrela y la denuncia son condiciones de procedibilidad, y sólo un sector minoritario califica tales institutos como condiciones objetivas de punibilidad - así, por ejemplo, HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, v.I, Forense, Rio de Janeiro, 1958, p.204, y v.IX, pp.235-236; STEVENSON, O. *Da exclusão de crime*, Saraiva, São Paulo, 1941, pp.57-58 (el mismo, *Do crime falimentar*, Saraiva, São Paulo, 1939, pp.129-130); TORNAGHI, H., *Comentários ao Código de Processo penal*, v.I, t.II, Forense, Rio de Janeiro, 1956, pp.46 y 95.

vos que condicionan la punibilidad del delito con base en consideraciones fundamentalmente político-criminales.

Para los que aceptan la distinción entre condiciones propias e impropias de punibilidad<sup>10</sup>, la tarea en cuestión sólo tiene sentido respecto a las primeras, pues tanto las condiciones propias de punibilidad como las condiciones de procedibilidad tienen su fundamento en consideraciones político-criminales y no operan en la magnitud de lo injusto culpable<sup>11</sup>.

Hay que decir también, en esta línea, que la fijación de los rasgos característicos de tales circunstancias y la elaboración de una delimitación entre las mismas se reviste, además de una importancia teórica, de un indiscutible interés práctico. Tomemos como ejemplo las consecuencias jurídicas que suponen dicha delimitación a efectos de cosa juzgada material: como se señala con precisión, los presupuestos procesales impiden que se dicte una sentencia sobre el fondo, de modo que “la resolución judicial que declare su inexistencia no se ve afectada por la cosa juzgada material”; en cambio, “la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la concurrencia de una excusa

<sup>9</sup> Mientras los delitos en general se persiguen de oficio – a instancia del Ministerio Fiscal, de la Policía judicial o por denuncia de cualquier ciudadano (art.101, LECrim) – hay delitos cuya persecución está condicionada a la instancia de la persona ofendida, que debe interponer una querrela o una denuncia. Se denominan *privados* los delitos perseguibles solamente en virtud de querrela del ofendido o de la persona facultada por la Ley para interponerla. En estos casos es el querellante el dueño de la acción penal, que puede extinguirla mediante el perdón e incluso obstar la imposición de la pena ya interpuesta (v.g. los delitos de calumnia e injuria contra particulares – de los artículos 205 y ss. – de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 215, apartado 1º, del Código penal). Son delitos *semiprivados* los que se persiguen únicamente en virtud de denuncia del agraviado o de su representante legal, es decir, el inicio del proceso está condicionado a la denuncia de la persona ofendida, pero su continuidad cuenta con la intervención del Ministerio Fiscal (v.g. los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a ochenta mil euros – art.267 –; los delitos contra la propiedad intelectual, industrial, así como los concernientes al mercado y a los consumidores – art.287, con la excepción del apartado 2º; los delitos societarios – art.296, con la excepción del apartado 2º). En los delitos semiprivados el perdón del ofendido sólo extinguirá la acción penal en los supuestos expresamente previstos por la ley.

<sup>10</sup> Sobre esa distinción, véanse, por ejemplo, JESCHECK, H-H, *Tratado de Derecho penal*, Comares, Granada, 1993, trad. José Luis Manzanares Samaniego, pp.504 y ss.; WESSELS, J. *Derecho penal* PG, p.50; Tiedeman, K. “Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts”, *ZRP*, 1975, pp.131 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, pp.172 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO. *Derecho penal*, pp.123 y ss., y 391 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp.30 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A. *Lecciones...*, pp.753 y ss.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp.57 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J. C. *El delito contable*, Praxis, Barcelona, 1988, p.189, FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.74 y ss., entre otros. Las condiciones objetivas de punibilidad impropias también se denominan condiciones objetivas de mayor punibilidad – así, por ejemplo, CEREZO MIR, J. *Curso...*, t. III, p.275; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp.27 y ss.

<sup>11</sup> Véanse, en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Condiciones objetivas de punibilidad...”, pp.565-566 (el mismo, *Las condiciones...*, pp.94-95); MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p.109. Para aquellos que incluyen las condiciones de punibilidad entre los elementos del delito, sin embargo, la delimitación entre las mismas y las condiciones de procedibilidad no presenta especial interés – en esta línea, señala Kaufmann que “si las condiciones objetivas de punibilidad no fueran de algún modo constitutivas del injusto no existiría diferencia esencial alguna entre ellas y las condiciones de procedibilidad” (*Das Schuldprinzip*, Carl Winter, Heidelberg, 1976, p.248). Por otra parte, para quienes incluyen la punibilidad como un elemento del delito las condiciones de punibilidad afectarían a la existencia material del delito mismo, mientras las condiciones de procedibilidad se fundamentarían en consideraciones procesales, ajenas al concepto del delito y al Derecho penal – véanse SÁINZ CANTERO, J. A. *Lecciones...*, PG, III, p.128; ANTÓN ONECA J., *Derecho penal*, pp.263-264; COBO DEL ROSAL, M. “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en *Estudios penales y criminológicos*, 1983, t. VI, p.52.

absolutoria determina un pronunciamiento sobre el fondo, absolutorio, que se ve afectado por la cosa juzgada material”<sup>12,13</sup>.

## II. CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

### 1. Los criterios materiales tradicionales: exposición y crítica

La doctrina no manifiesta una opinión uniforme en el momento de identificar los rasgos de distinción o similitud entre las condiciones de punibilidad y las de procedibilidad. Sostiene Delitala, por ejemplo, que éstas son verdaderos actos jurídicos destinados y coordinados únicamente al proceso penal – por ejemplo, la querella y la denuncia –, mientras que aquéllas no son actos, sino hechos jurídicos – como la garantía de reciprocidad<sup>14</sup>. No obstante, Delitala propone que la declaración de la quiebra por un tribunal de la jurisdicción civil sería una condición objetiva de punibilidad, al no ser un acto destinado u orientado exclusivamente al proceso penal, es decir, desde el punto de vista de la acción penal no sería un acto, sino un hecho jurídico<sup>15,16</sup>. Tal criterio parece, a juicio de Cerezo Mir, insatisfactorio, “pues aunque la declaración previa del tribunal de la jurisdicción civil no sea un acto exclusivamente orientado al proceso penal, éste

<sup>12</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.66, nota 202. No obstante, continúa, como la propia LECrim “no ofrece ninguna vía para que no opere la cosa juzgada material cuando falta algún presupuesto procesal”, la doctrina procesal y la jurisprudencia suelen dirimir la cuestión acudiendo “a la nulidad de actuaciones procesales cuando falta algún presupuesto procesal” (GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.67, nota 202).

<sup>13</sup> En esta línea, destaca también Martínez-Buján Pérez que desde la vertiente práctica la diferenciación entre condiciones objetivas de punibilidad y condiciones de procedibilidad es importante porque “lleva aparejados efectos jurídicos diversos”, puesto que “en caso de ausencia del elemento condicionante las repercusiones difieren sustancialmente: si se trata de una condición objetiva de punibilidad, se producirá un pronunciamiento del tribunal sobre el fondo del asunto en el que procederá la absolución del sujeto por no existir un hecho delictivo; en cambio, en el supuesto de que no se cumpla un requisito de procedibilidad el juez no abrirá el proceso o, en la hipótesis de que la apertura se haya producido, lo paralizará sin pronunciarse sobre el fondo del asunto” (“Condiciones objetivas de punibilidad...”, pp.573-574; el mismo, *Las condiciones...*, pp.103-104). Concluye el autor que, a su juicio, “una vez constatada la falta de la condición objetiva de punibilidad, queda definitivamente negada la existencia del delito o, en su caso, la agravación de la pena; por el contrario, la no verificación del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejuzgada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible – así lo demuestra la circunstancia de que la condición para proceder puede cumplirse en un momento posterior y, en atención a ello, hacer factible la persecución del comportamiento punible” (“Condiciones objetivas de punibilidad...”, p.574; el mismo, *Las condiciones...*, p.104). También afirman que la falta de una condición objetiva de punibilidad conlleva la inexistencia del delito, en la doctrina española, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p.263; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Losada, Buenos Aires, 1977, p.98; SÁINZ CANTERO J. A., *Lecciones...*, p.752, entre otros.

<sup>14</sup> Véase DELITALA, G. *Il ‘fatto’ nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, pp.99 y ss. En sentido similar, véase BELLINI, F., *Le condizioni obiettive di punibilità*, G. Giappichelli, Torino, 1988, p.40. Sobre la tesis que mantiene Delitala véase, por todos, CEREZO MIR, J., *Curso...*, t. III, pp.277 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. DELITALA, G. *Il ‘fatto’...*, pp.107 y ss.

<sup>16</sup> En la doctrina española, la formulación propuesta por Delitala fue acogida por Antón Oneca que, con base en la misma, propuso la elaboración de una ‘categoría mixta’, “formada por actos jurídicos necesarios para la iniciación del proceso; pero a través de los cuales se hace una valoración del hecho, de tal modo que, al no presentarse en un momento dado, queda definitivamente establecida la no punibilidad de aquél” (ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, pp.263-264), como, por ejemplo, la orden de proceder en el delito de acusación y denuncia falsas (art.456, CP). En contra, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, p.100.

no puede celebrarse sin aquélla. Por otra parte, la calificación de la quiebra, como fraudulenta, culpable o fortuita, por el tribunal civil no vincula al órgano de la jurisdicción criminal”<sup>17</sup>. Señala Cerezo Mir que más convincente resulta el criterio propuesto por Hilde Kaufmann, análogo al aplicado en el Derecho civil para diferenciar el Derecho material del procesal<sup>18</sup>. Sugiere Hilde Kaufmann que se haga una abstracción del proceso y se indague el sentido de los presupuestos de la aplicación de la pena. Todo lo que, haciendo abstracción del proceso, carezca de sentido, pertenecerá al Derecho procesal. En otras palabras: propone que se pregunte el sentido de la querella, de la amnistía o de la prescripción en caso de que no existiera el proceso (“¿tendría que depender la aplicación o no de la pena, en caso de que ella fuera posible sin proceso, de la circunstancia cuya naturaleza es dudosa o, por el contrario, sería esta circunstancia irrelevante?”<sup>19</sup>). Cuando la circunstancia se muestra irrelevante para la imposición o no de la pena si se hace abstracción del proceso, estamos en presencia de un presupuesto procesal<sup>20</sup>. En caso de que el Derecho penal se aplicase de modo automático o incluso voluntario, sostiene Hilde Kaufmann que tales instituciones mantendrían su sentido – o sea, su ausencia provocaría la no aplicación de la sanción penal –, lo que demostraría su pertenencia al Derecho penal material.

Sin embargo, como observa Cerezo Mir, aunque estas instituciones no guarden una relación indisoluble con el proceso, se encuentran vinculadas a la aplicación del Derecho penal. Por lo tanto, concluye, “si hacemos abstracción no del proceso, sino de la aplicación del Derecho penal en general, la querella, la prescripción y la amnistía carecerían de sentido. Son, pues, instituciones que no pertenecen al Derecho penal material”<sup>21</sup>. Igual raciocinio sería aplicable a la denuncia y a los requisitos necesarios para el inicio del procedimiento penal en los estados de insolvencia<sup>22</sup>. También figura-

<sup>17</sup> CERESO MIR, J., *Curso...*, pp.277-278. También en contra de la propuesta de Delitala, argumenta Quintano Ripollés que la declaración civil de la quiebra, desde el punto de vista del Derecho civil, es un acto jurídico, mientras que es un hecho jurídico con respecto al delito de quiebra (QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal*, t. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p.94). De otra parte, Mapelli Caffarena confiere una validez meramente parcial a la tesis de Delitala, al afirmar que aunque en la mayoría de las veces las condiciones de punibilidad aparezcan como hechos jurídicos y las de procedibilidad como actos jurídicos esto no siempre es así, pues la presencia del reo en territorio nacional – que según él tiene una clara naturaleza procesal – es un hecho, y no de un acto jurídico (véase MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p.109).

<sup>18</sup> Hay que destacar que el Derecho procesal penal es un ordenamiento en el ámbito del cual la dignidad humana puede encontrarse expuesta a un mayor número de peligros y que de ningún modo puede seguir mereciendo el calificativo de adjetivo o formal – véase GRACIA MARTÍN, L. Prólogo al libro de RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> A. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bosch, Barcelona, 2001, p.18.

<sup>19</sup> KAUFMANN, HILDE. *Strafenspruch. Straflagerecht*, Otto Schwartz, Göttingen, 1968, p.134.

<sup>20</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.64.

<sup>21</sup> CERESO MIR, J., *Curso...*, t. III, p.278; (el mismo, Recensión al libro de Hilde Kaufmann (*Strafenspruch. Straflagerecht*). ADPCP, 1969, fasc. 3<sup>o</sup>, pp.638 y ss.). En este sentido también, HIGUERA GUIMERÁ, J. F. “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Comares, Granada, 1999, p. 395.

<sup>22</sup> Véase CERESO MIR, J., *Curso...*, t. III, p.278. Consideran, sin embargo, que la declaración de concurso es una condición objetiva de punibilidad, por ejemplo, CUELLO CALÓN/CAMARGO HERNÁNDEZ *Derecho penal*, PG, I, v. 2<sup>o</sup>, 18 ed., Bosch, Barcelona, 1981, p.637; ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal*, PG, p.262; MIR PUIG, S. *Derecho penal*, PG, pp.146 y 174; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., “Las condiciones objetivas de punibilidad...”, p.396; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, pp.102, y 152 y ss. (el mismo, “Condiciones objetivas de punibilidad...”, p.572).



rían como condiciones de procedibilidad, según el criterio perfilado por Cerezo Mir, la necesidad de que haya recaído sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada para poder proceder contra el denunciante o acusador por el delito de acusación o denuncia falsa del artículo 456.2 del Código penal, la exigencia de certificación de haber celebrado el acto previo de conciliación, o de haberlo intentado sin efecto para ejercer la acción por los delitos de injurias o calumnia (art.804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la previa licencia judicial para deducir acción de las injurias o calumnias vertidas en juicio (art.215.2 del Código penal) y la imposibilidad de persecución (por una causa que no sea la extinción de la responsabilidad criminal) de las personas comprendidas en los números anteriores del apartado 2º del artículo 30 del Código penal (en el que se establecen las personas responsables por los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social), para poder proceder contra las comprendidas en los números siguientes<sup>23</sup>.

Igualmente críticos en relación a la concepción defendida por Hilde Kaufmann se muestran Volk y Bloy. El primero pone de relieve que el planteamiento en cuestión utiliza una fórmula hipotética, puesto que el Derecho penal “se realiza única y exclusivamente en el proceso”<sup>24</sup>. El segundo, por su parte, pone de relieve el carácter formal del criterio propuesto y la ausencia de un sustrato material capaz de dilucidar cuándo una determinada circunstancia es fundamental para la aplicación de la pena<sup>25</sup>.

En el intento de proceder a una distinción entre las condiciones de procedibilidad y los concretos elementos del delito, Beling sostuvo como criterio identificador “el ser merecedor del mal de la pena: la duda sobre si un precepto pertenece al Derecho penal o procesal se ha de decidir en el primer sentido cuando la circunstancia, que condiciona la correspondiente consecuencia jurídica, radica en el ámbito del ser merecedor del mal de la pena; en el segundo cuando la circunstancia condicionante está constituida de tal forma que no se ajusta a la idea de la pena, sino que está relacionada con el si y el

<sup>23</sup> Véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, t. III, pp.249 y 279. Consideran, en cambio, que la imposibilidad de perseguir criminalmente al o a los sujetos incluidos en los números anteriores del artículo 30 es una *condición objetiva de punibilidad*, entre otros, ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal*, p.486; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. *Derecho penal*, p.431; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp.142 y ss. Sobre la cuestión, véase *infra*.

<sup>24</sup> VOLK, K. *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis vom materiellem Recht und Proßzerecht*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1978, p.12. Para dirimir el problema de la distinción entre los presupuestos materiales de la pena y los presupuestos procesales, Volk se basa en los fines mismos del proceso – inspirado claramente en el planteamiento de Schmidhäuser (para quien el fin del proceso, y del ordenamiento jurídico en general, reside en la conservación de los pilares que proporcionan una convivencia social fructífera) – considerando que éste sirve para confirmar el Derecho penal con vistas al mantenimiento de la paz jurídica. En esta línea, los presupuestos procesales surgen como “presupuestos tipificados del aseguramiento de la paz jurídica. Cuando éstos no se dan, no existe para el Derecho motivo alguno para la confirmación del ordenamiento penal” (VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen...*, p.204). No obstante, reconoce el mismo Volk que esta construcción “ni separa nítidamente los presupuestos procesales del Derecho material ni por sí sola garantiza una delimitación inequívoca respecto de los preceptos que rigen el proceso (...). Pues el fin del proceso no sólo es un concepto al que se refiere todo el Derecho procesal (...) sino también un concepto que conecta el Derecho procesal con el Derecho material” (VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen...*, p.205). Además, si se atribuye igualmente a la pena – y no exclusivamente a los presupuestos procesales – el fin de aseguramiento de la paz jurídica, se volatiliza el criterio de distinción propuesto por Volk.

<sup>25</sup> BLOY, R. *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs und Strafaufhebungsgründe*. Duncker & Humblot, Berlin, 1976, pp.29 y ss.

cómo de la actividad procesal”<sup>26</sup>. En los dominios del merecimiento de pena incluye Beling, además de la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias<sup>27</sup>. Bemann, de su parte, al tratar de distinguir los presupuestos procesales y los presupuestos materiales de la pena, retoma el criterio sugerido por Beling<sup>28</sup>, y afirma que “el ámbito del ser merecedor del mal de la pena”<sup>29</sup> se compone por los presupuestos materiales de la pena, o sea, por “las circunstancias que integran la acción típica, antijurídica y culpable”<sup>30</sup>. Los demás elementos, concluye, sólo pueden tener una relevancia procesal.

En crítica a la concepción de Bemann, García Pérez – que inserta la punibilidad entre los elementos del delito con base en criterios de orden preventivo - razona que “dado que la concepción sobre lo injusto culpable de este autor no incluye ninguna referencia a aspectos preventivos, su construcción sólo se puede justificar desde una teoría de la pena absolutamente retributiva en la que, dado lo injusto culpable, se dan ya todos los presupuestos de la pena”<sup>31</sup>.

Gallas, en un momento posterior, propuso que radicaría en el principio de legalidad la distinción entre los presupuestos de la pena – es decir, las circunstancias que de alguna forma “afectan a la valoración del hecho”<sup>32</sup> – y los presupuestos procesales, señalando que el ámbito de aquél principio coincidiría con el campo del Derecho material. No obstante, como bien se advierte<sup>33</sup>, entre las garantías que implica el principio de legalidad está la jurisdiccional – implícita en el artículo 24.2 de la Constitución y contenida en el artículo 3º del Código penal -, según la cual: “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”.

Schmidhäuser toma como punto de partida el planteamiento de Gallas para acentuar que al Derecho Penal pertenecen las circunstancias que, de alguna forma, se encuentran vinculadas al hecho ilícito “o que se habría de calificar de resultado si la culpabilidad se refiriese a ellas”<sup>34</sup>. En otras palabras, el elemento condicionante está directamente conectado al hecho injusto, sea porque afecta a la acción delictiva misma, sea porque es una circunstancia que, si hubiera sido abarcada por el dolo, sería caracterizada como

<sup>26</sup> BELLING, E. VON. *Derecho procesal penal*, Lábor, Madrid, 1943, trad. Miguel Fenech, p.6.

<sup>27</sup> Véase BELLING, E. VON. *La doctrina del delito -tipo*, Depalma, Buenos Aires, 1944, trad. Sebastián Soler, pp.7, y 29 y ss.

<sup>28</sup> No obstante, Beling vislumbra entre los presupuestos de la pena circunstancias que se encuentran más allá de la culpabilidad – véase GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.61, notas 161 y 164.

<sup>29</sup> BEMMANN, G. *Zur Frage...*, p.27.

<sup>30</sup> BEMMANN, G., *Zur Frage...*, p.55.

<sup>31</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.61.

<sup>32</sup> GALLAS, W., en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. V, p.104, *apud* GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.61. Gallas estima que “la buscada función material del concepto de tipo dentro de la teoría del delito sólo puede estar constituida por la *individualización* que el tipo lleva a cabo en relación a la infracción al incluir todos aquellos caracteres configuradores de la correspondiente especie de delito”, lo que se puede concretar “no sólo bajo el dominio del principio *nullum crimen sine lege*, que exige una tipificación por parte del *legislador*, sino también allí donde la fijación de la cualidad indicada se abandona al criterio del juez” (GALLAS W. *La teoría del delito en su momento actual*, p.26, cursivas en el texto).

<sup>33</sup> Véanse CEREZO MIR, J., *Curso...*, t. I, p.168; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p.112; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.60.

<sup>34</sup> SCHMIDHÄUSER, E. “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, p.557, nota 25.



resultado<sup>35</sup>. En definitiva, lo que posibilita la separación de las condiciones objetivas de punibilidad de los presupuestos de procedibilidad según este autor sería la vinculación de aquéllas al acontecer fáctico, cuya ausencia conllevará la impunidad del autor, mientras que éstos son elementos que se hallan al margen de ese acontecer fáctico y condicionan únicamente la persecución penal de datos relacionados exclusivamente con la esfera procesal y basados en una modificación posterior de las circunstancias<sup>36</sup>. A juicio de Schmidhäuser, por lo tanto, las condiciones objetivas de punibilidad, a diferencia de los requisitos procesales, fundamentan directamente la situación de hecho y su concretización<sup>37</sup>.

Stratenwerth, por su parte, se inspira en la formulación de Schmidhäuser para afirmar que las condiciones objetivas de punibilidad, las causas personales que excluyen la punibilidad (excusas absolutorias) y las causas que dejan sin efecto la punibilidad pertenecen, “junto a la adecuación típica, a la antijuridicidad y a la culpabilidad, a los *presupuestos materiales* de la punibilidad, es decir, a aquellos que condicionan el derecho de penar”. De estas circunstancias se deben separar, continúa, “los presupuestos *formales* de la punibilidad que condicionan la perseguibilidad penal y que solamente se refieren a la posibilidad del *proceso* penal”<sup>38</sup>. La distinción entre ambos presupuestos – reconocida como de gran dificultad<sup>39</sup> – se basaría en el hecho de que las condiciones objetivas de punibilidad constituirían elementos fundadores de la necesidad de pena que suponen una “perturbación más seria del orden jurídicamente protegido”<sup>40</sup>, mientras que los presupuestos formales sólo incidirían sobre la realización de la pretensión punitiva. La *ratio* que informa las condiciones de punibilidad no residiría “en arbitrarias consideraciones de utilidad, sino en una más grave perturbación del orden jurídicamente protegido, desde el momento en que su concurrencia entraña

<sup>35</sup> Cfr. SCHMIDHÄUSER E., “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, pp.557 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. SCHMIDHÄUSER E., “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, pp.558 y 563.

<sup>37</sup> SCHMIDHÄUSER E., “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, p.553. En sentido similar, en la doctrina española, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. I, Barcelona, 1947, p.41; FARALDO CABANA, P. “Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la Administración de Justicia”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p.1.305. Uno de los inconvenientes de la propuesta de Schmidhäuser es, según apunta Mapelli Caffarena, la dificultad para identificar la presencia o no de una conexión inmediata de la circunstancia con relación al hecho, lo que podría dar lugar a equívocos: la querella de los delitos perseguibles a instancia de parte, en virtud de su significación para el injusto, podría ser calificada como una condición objetiva de punibilidad, mientras que la reciprocidad en el delito de atentado al Jefe de Estado extranjero, de acuerdo con el criterio propuesto por Schmidhäuser, sería un presupuesto procesal, puesto que no guarda ninguna relación con el núcleo del injusto (véase MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p.110). Sobre la tesis de Schmidhäuser, véase la exposición efectuada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Condiciones objetivas de punibilidad...”, p.571 (el mismo, *Las condiciones...*, pp.100-101).

<sup>38</sup> STRATENWERTH, G. *Derecho penal* PG, I, p.73, cursivas del autor.

<sup>39</sup> Véase STRATENWERTH, G., *Derecho penal*, p.74.

<sup>40</sup> STRATENWERTH, G. “Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959”. *ZStW*, 1959, p.572. Dentro de esta perspectiva, cobra relevancia el criterio de Schmidhäuser, “pues la infracción al ordenamiento jurídico sólo puede basarse en las modalidades o consecuencias del hecho mismo”, lo que implica reconocer “que las condiciones objetivas de punibilidad se presenten siempre como modalidades o consecuencias del hecho, sino sólo que ellas (...) tienen que formar presupuestos en virtud de los cuales el hecho se manifieste como contrario al ordenamiento jurídico a través de sus modalidades o consecuencias” (STRATENWERTH, G. “Objektive Strafbarkeitsbedingungen...”, p.574).

una mayor dosis de contrariedad al mismo”<sup>41</sup>; en cambio, en las condiciones de procedibilidad – fundadas en consideraciones político-criminales – no se produciría semejante vinculación con el hecho injusto y su verificación tampoco daría lugar a una contrariedad seria del orden jurídico<sup>42</sup>. También comparte semejante criterio Jescheck, que asevera que “en las condiciones de punibilidad se expresa, en cada caso, el grado específico del quebranto del orden jurídicamente protegido, mientras que los presupuestos procesales responden a las circunstancias que se oponen al desarrollo de un proceso penal”<sup>43</sup>.

Las soluciones presentadas por Gallas, Schmidhäuser y Stratenwerth ofrecen criterios materiales para proceder a la diferenciación entre los presupuestos materiales de la pena y las condiciones de procedibilidad (presupuestos procesales), lo que sin lugar a duda significa un importante paso en el sentido de delimitar tales elementos<sup>44</sup>. Sin embargo, advierte García Pérez que, a su juicio, “el problema del criterio utilizado reside precisamente en que la aportación realizada a la distinción con los presupuestos procesales se hace a costa de terminar cuestionando que los elementos de la punibilidad estén fuera de lo injusto culpable”<sup>45</sup>. En efecto, cuando se estima que lo que permite la distinción entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad es la vinculación de aquéllas al complejo fáctico, mientras que éstas últimas serían completamente ajenas al acontecer del hecho y su materialización, no raro se llega a la conclusión de que las condiciones objetivas de punibilidad fundamentan la existencia del hecho delictivo e integran, por consiguiente, el concepto del delito<sup>46</sup>. Sin embargo, según el punto de vista aquí defendido, la punibilidad no constituye un elemento esencial del concepto del delito y, consecuentemente, la presencia de una condición positiva de punibilidad no condiciona la existencia misma del hecho delictivo, sino únicamente la posibilidad concreta de imposición de la pena. Además, la imposibilidad de reconducir las auténticas condiciones objetivas de punibilidad al ámbito de las categorías esenciales del concepto del delito impide que la ausencia de aquéllas funcione como un obstáculo al perfeccionamiento del delito. Por consiguiente, no constituye un criterio de distinción entre los elementos en cuestión – las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos procesales – el hecho de que algunos – las condicio-

<sup>41</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Condiciones objetivas de punibilidad...”, pp.571-572.

<sup>42</sup> Apoya el criterio propuesto por Stratenwerth, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Condiciones objetivas de punibilidad...”, pp.571-572 (el mismo, *Las condiciones...*, pp.101 y ss.).

<sup>43</sup> JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p.506.

<sup>44</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.63-64.

<sup>45</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.64.

<sup>46</sup> Esto es lo que hace, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Condiciones objetivas de punibilidad...”, p.574, cuando concluye que “una vez constatada la falta de la condición objetiva de punibilidad, queda definitivamente negada la existencia del delito o, en su caso, la agravación de la pena”, mientras que “la no verificación del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejuizada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible”. En esta línea, también señala MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, p.174, que las condiciones de procedibilidad “no afectan a la existencia de un delito, sino sólo a la posibilidad de su persecución procesal”, de ahí que “al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, pero ello no obedece a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino sólo a que éste no puede ser

nes de punibilidad - puedan influir en la existencia del delito, dado que ambos son completamente ajenos al mismo.

Además, no se puede afirmar de modo tajante que las consideraciones político-criminales sean ajenas a la esfera de las condiciones objetivas de punibilidad y fundamentalmente exclusivamente la existencia de las condiciones de procedibilidad, pues son varios los casos en los que el demento condicionante de la punibilidad del delito se apoya exclusivamente en razones político-criminales, completamente desvinculadas del criterio de necesidad de pena. Así, es perfectamente posible que el ordenamiento jurídico-penal consagre una condición objetiva de punibilidad basada exclusivamente en arbitrarias consideraciones de utilidad, que para nada suponen una más grave perturbación del orden jurídicamente protegido. Por lo tanto, tampoco este puede ser un criterio decisivo para diferenciar las condiciones de punibilidad de las de procedibilidad.

Un claro ejemplo de la equivocidad de los criterios planteados – especialmente de las conclusiones que se extraen con la adopción de los mismos – nos ofrece la exigencia de sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada para proceder contra el denunciador o acusador falso (art.456.2, CP). La doctrina mayoritaria opina que es una condición de procedibilidad<sup>47</sup>, puesto que el mencionado dispositivo establece expresamente que “no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o autor también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido”. Así, mientras un sector de la doctrina considera que la

objeto de un proceso penal”. Comparte tales conclusiones, en la doctrina española, FARALDO CABANA, P., “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, p.1.306.

<sup>47</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ DE VESA /SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, PE, p.1.023; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones...*, p.755; MILLÁN GARRIDO, A. “El delito de acusación y denuncia falsas”. *Información Jurídica*, 1973, nº 317, pp.36 y ss.; FERRER SAMA, A. “El delito de acusación o denuncia falsa”, en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, t.II, Reus, Madrid, 1959, pp.371 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PE, p.357; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO /HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p.407; MUERZA ESPARZA, J. J. “El delito de acusación y denuncia falsa (art.325 CP) en la jurisprudencia del Tribunal supremo”. *La Ley*, 1986, nº 4, p.1.045; VIVES ANTÓN, en *Comentarios*, t.II, p.1.915; CEREZO MIR, J., *Curso...*, t.III, p.279; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 14 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.890; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES /MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código penal*, 3 ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p.2.207 (el mismo, “Notas sobre la acusación falsa”. *RJC*, 1976, nº 4, p.840); MARTÍNEZ BUIÁN PÉREZ, C. “Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código penal español”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p.484; RUIZ VADILLO, E. “Delitos de acusación y denuncia falsa”, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, Comares, Granada, 1995, pp.88 y ss.; ELÍAS MONDEJA, A. “Delitos contra la Administración de Justicia (Breve comentario al delito de acusación y denuncia falsas y su protección en el Proyecto de Código penal de 1992)”. *RGD*, 1994, p.9.140; FARALDO CABANA, P. “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, p.1.307; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. “Las condiciones objetivas de punibilidad...”, p.390; PALOMO DEL ARCO, A. “Acusación y denuncias falsas. Nueva regulación. Examen de estos delitos. Especial referencia a la simulación de delitos dentro de este capítulo”, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, CDJ, Escuela Judicial/CGPJ, Madrid, 1997, pp.230-231; GOYENA HUERTA, J. “Acusación y denuncia falsas, y simulación de delitos”, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp.185 y ss.; ORDEIG ORERO, M. J. *El delito de acusación y denuncia falsas*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp.134 y ss., especialmente p.138, entre otros.

mencionada exigencia constituye una auténtica condición objetiva de punibilidad<sup>48</sup>, la opinión dominante argumenta, con razón, que la ausencia de sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo de la causa condiciona únicamente el inicio del procedimiento contra el denunciante, es decir, impide el desarrollo de la persecución procesal. No obstante, en la defensa del mencionado punto de vista se aduce que el problema fundamental en el momento de determinar la naturaleza jurídica del requisito de la sentencia firme o autor también firme de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada en el delito de acusación y denuncia falsas reside en verificar si dicho requisito se basa en consideraciones sustantivas – relacionadas con una lesión o menoscabo del bien jurídico tutelado por el delito – o si en realidad se apoya “en razones estrictamente procesales que no atañen ni al concepto de delito ni al Derecho penal”<sup>49</sup>. En suma, la clave del problema estaría en investigar si el supuesto en cuestión se conecta con las razones sustantivas que afectan a la existencia material del delito o si, por el contrario, se basa en consideraciones estrictamente procesales, que no influyen sobre el concepto de delito y únicamente atañen a la admisibilidad de su persecución procesal<sup>50</sup>. En esta línea, si se considera que el requisito recogido en el artículo 456.2 se fundamenta en razones sustantivas que demuestran un especial deterioro o menoscabo del bien jurídico protegido, estaríamos ante una condición objetiva de punibilidad; por otro lado, si se concluye que el mencionado dispositivo se basa exclusivamente en consideraciones de orden procesal, constataríamos la presencia de un mero presupuesto de procedibilidad. Ahora bien, el equívoco de esta clase de argumentación no está en la conclusión final – que consiste en vislumbrar en dicho requisito una condición de procedibilidad –, sino en el criterio distintivo que funciona como premisa: la vinculación de las condiciones objetivas de punibilidad a la existencia misma del concepto de delito. Como en el supuesto del artículo 456.2 el delito de acusación o denuncia falsas “ya es perfecto, existe materialmente”<sup>51</sup>, entonces lo lógico sería relacionar la exigencia con la esfera del proceso. Sin embargo, si no fuera así – es decir, si efectivamente el requisito afectara “a la existencia material del delito”<sup>52</sup> – lo adecuado sería divisar en esta circunstancia una condición objetiva de punibilidad. Pero si se toma como premisa irrenunciable el hecho de

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, PG, p.262; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de E. Mezger*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, t.I, p.370; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado...*, t. VII, p.76; MAGALDI PATERNOSTRO, M<sup>a</sup> J. “Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa”. *ADPCP*, 1987, pp.45 y ss., y 67 y ss.; MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup> L. *Acusación y denuncia falsas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.70; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, p.174; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4 ed. Atelier, Barcelona, 2002, pp.874-875; MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> R., en ZULGADÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Derecho penal*, PG, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.870.

<sup>49</sup> FARALDO CABANA, P., “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, p.1.307.

<sup>50</sup> Propugna, sin embargo, una solución mixta, GARCÍA SOLÉ, M., *El delito de acusación y denuncia falsas*, Atelier, Barcelona, 2002, p.277, quien vislumbra en el precepto en cuestión “una condición mixta, de (punibilidad-procedibilidad) y otra puramente procesal”, cuya finalidad sería, a su juicio, “la de configurar un adecuado equilibrio entre los intereses del proceso penal, los intereses del denunciante y los de la Administración de justicia y a su vez del denunciado”.

<sup>51</sup> Véanse MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, p.484; FARALDO CABANA, P., “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, p.1.307.

<sup>52</sup> MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, p.484; FARALDO CABANA, P., “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, p.1.305.

que tanto las condiciones objetivas de punibilidad como los presupuestos procesales son elementos completamente ajenos al concepto del delito, se llega inevitablemente a la conclusión según la cual el criterio de diferenciación en el que se basa dicha argumentación no se muestra convincente, puesto que en uno y otro caso la existencia material del delito no estaría afectada. Por otra parte, tampoco el hecho de que la exigencia de sentencia o auto firme de sobreseimiento se fundamente en “meras razones utilitarias” es un argumento decisivo para corroborar su ubicación sistemática entre las condiciones de procedibilidad. En efecto, aunque se reconozca que el supuesto en cuestión tenga por finalidad preponderante contribuir para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia – dado que “de no establecerse este requisito, de un lado tendríamos un proceso con un sujeto que es acusado por otro de haber realizado un delito o falta y, de otro, un acusador que se convierte simultáneamente en acusado de un delito de acusación o denuncia falsa”<sup>53</sup> – la aceptación de este fundamento utilitario no es un dato fundamental para descartar la inclusión del requisito del artículo 456.2 entre las condiciones objetivas de punibilidad, que también pueden basarse exclusivamente en consideraciones de naturaleza político-criminal. En definitiva, la exigencia del artículo 456.2 puede ser vislumbrada como una condición de procedibilidad no sólo porque es ajena al concepto de delito y tenga un fundamento político-criminal, sino más bien porque incide exclusivamente sobre la admisibilidad procesal del hecho. El incumplimiento de dicha exigencia no afecta a la punibilidad del delito: sólo la persecución penal del delito de acusación y denuncia falsas se vincula a la presencia de una resolución firme – consustanciada en una sentencia o un auto de sobreseimiento o archivo libre o provisional -, de modo que el no establecimiento de este requisito determina la imposibilidad de dictar una sentencia de fondo susceptible de ser afectada por la cosa juzgada material. Si el requisito en cuestión fuera una auténtica condición objetiva de punibilidad, se podría perfectamente instaurar el procedimiento contra el supuesto autor de la acusación o denuncia falsas – una vez que sólo la imposición de la pena estaría vinculada a la presencia de la mencionada exigencia -, lo que podría dificultar enormemente la obtención de la verdad, pues el sujeto que es acusado por otro de haber realizado una infracción penal podría “utilizar la acusación y denuncia falsas como estrategia de defensa, dando lugar así a otro procedimiento que se entrecruza con aquél en el que se ha de dilucidar si él ha cometido un hecho delictivo”<sup>54</sup>. Ahora bien, precisamente con el propósito de evitar que la posibilidad de instauración simultánea de otro procedimiento pueda figurar como un obstáculo a la obtención de la verdad y la consecuente solución del conflicto es que se establece como condición de procedibilidad el requisito de la sentencia o auto de sobreseimiento o archivo firmes para que se pueda poner en marcha el procedimiento contra el denunciante o acusador, sea por iniciativa del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada – siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación -, sea mediante previa denuncia del propio ofendido.

Desde una perspectiva distinta, y sin tratar de establecer una diferenciación entre los

<sup>53</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.241.

<sup>54</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.241 -242.

elementos condicionantes y las condiciones de procedibilidad, parte de la doctrina italiana – motivada, en parte, por el intento de delimitar las fronteras entre las condiciones de procedibilidad y las dudosas condiciones objetivas de punibilidad “extrínsecas”, y en parte también por la configuración legal de las condiciones de punibilidad que se recoge en los artículos 44 y 158.2 del Código penal – llega a proponer el rechazo de la autonomía de las condiciones objetivas de punibilidad. En esta línea, Giuliani parte de una concepción imperativista de la norma para justificar la naturaleza procesal que, según él, poseen las condiciones objetivas de punibilidad<sup>55</sup>. Para Giuliani el sujeto activo del delito no es el destinatario de los elementos condicionantes, sino el Juez o el Ministerio Público. En los delitos sometidos a una condición de punibilidad, la norma se compone de dos preceptos con destinatarios distintos: el primer precepto, que determina la no comisión del delito, tiene como destinatario el individuo; el segundo, por su parte, determina la no persecución penal en la ausencia de la condición, y su destinatario son los órganos jurisdiccionales<sup>56</sup>. Por lo tanto, como en los delitos condicionados el destinatario de las condiciones es el Juez o el Ministerio Público, lo lógico sería concluir – si se adopta una concepción imperativista del Derecho – que las condiciones objetivas de punibilidad son condiciones de procedibilidad. Son, en resumen, elementos necesarios para la perseguibilidad o procedibilidad de la acción penal. Sin embargo, la adopción de una concepción imperativista de la norma no tiene como consecuencia lógica – como pretende Giuliani – la atribución de una naturaleza procesal a las condiciones objetivas de punibilidad. Además, sólo si se confunde las condiciones de punibilidad con la querrela y la denuncia se puede afirmar que los destinatarios de las condiciones de punibilidad son los órganos jurisdiccionales.

Como consecuencia de todo lo expuesto se extrae que la dificultad de delimitación entre las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias y las condiciones de procedibilidad termina por poner en tela de juicio la posibilidad misma de distinción entre el Derecho penal y el Derecho procesal<sup>57</sup>. La doctrina española mayoritaria, sin embargo, suele poner de relieve que las condiciones objetivas de punibilidad se fundamentan en consideraciones de orden material, mientras que las condiciones de procedibilidad se basan estrictamente en razones formales<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Véase GIULIANI, U., *Il problema giuridico...*, pp.196 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. GIULIANI, U., *Il problema giuridico...*, p.197.

<sup>57</sup> Paradigma de esta conclusión es la concepción que defiende Daniel R. Pastor, que tras concluir por la absoluta imposibilidad de separación entre Derecho penal y Derecho procesal penal vislumbra en el mandato del debido proceso una “condición objetiva de punibilidad sin cuya presencia la sanción penal resulta inadmisibles”. Ello significa que “no sólo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso”, lo que conduce a la conclusión de que, desde el punto de vista dogmático, “el proceso penal integra la parte general del derecho penal en el sentido amplio de que su ausencia excluye la punibilidad como lo hacen también las causas de justificación, las de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y la propia atipicidad de la conducta” (PASTOR, D. R. “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, La Lectura/Lerner, Córdoba, 2001, p.807).

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p.263; CEREZO MIR, J., *Curso...*, t.III, p.278; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, pp.47, nota 71, y 96; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones...*, p.750; RODRÍGUEZ DEVEZA /SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p.419; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO /HUERTA



## 2. Toma de postura

Un sector de la doctrina duda del acierto de los criterios hasta el momento propuestos para deslindar las condiciones de punibilidad y las de procedibilidad, ya que ellos no logran establecer diferencias cualitativas entre los presupuestos materiales de la pena y los denominados presupuestos formales<sup>59</sup>. Es más, se apunta incluso que, en realidad, un abanico variado de instituciones tiene su naturaleza jurídica sometida a una simple decisión legislativa. Este sería el caso, por ejemplo, de la exención de pena por razón de parentesco en los delitos contra el patrimonio. En el Código penal español, la exención de responsabilidad criminal tiene la naturaleza de una excusa absolutoria (art.268)<sup>60</sup>, mientras que en otras legislaciones se emplea una fórmula distinta para alcanzar el mismo objetivo – evitar que el Estado se inmiscuya en determinados delitos contra la propiedad perpetrados por personas vinculadas por una relación de parentesco. Así, el Código penal alemán utiliza una condición de procedibilidad para lograr semejante fin (§ 247) – exigiendo la previa denuncia del familiar afectado –, mientras el Código penal brasileño opta por una solución mixta: recoge en el artículo 181 una excusa absolutoria<sup>61</sup> (“Se considera exento de pena quien comete cualquier de los delitos previstos en este Título, en perjuicio: I – del cónyuge, durante la sociedad conyugal; II – del ascendiente o descendiente, sea el parentesco legítimo o ilegítimo,

TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 386 y 406; COBO DEL ROSAL, M. “La punibilidad...”, p.52; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p.432; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p.174 (el mismo, *Adiciones*, II, p.770); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, p.417; HIGUERA GUIMERA, J. F. “Las condiciones objetivas de punibilidad...”, p.395; FARALDO CABANA, P. “Falsas condiciones objetivas de punibilidad...”, pp.1.305 y ss. Contrario a un criterio sustantivo de diferenciación entre las condiciones de punibilidad y las de procedibilidad, Mapelli Caffarena reconoce que ambos supuestos responden a razones de oportunidad y conveniencia, y que sólo con un examen de las concretas consecuencias “será posible saber si nos encontramos con una u otra figura jurídica” (MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p.112).

<sup>59</sup> García Pérez, por ejemplo, destaca que “existen bastantes razones que inducen a pensar que no es posible separar nítidamente el Derecho penal del Derecho procesal en la medida en que hay instituciones en ambos sectores del ordenamiento que responden a los mismos criterios” (*La punibilidad...*, pp.66-67). Roxin también identifica una equivalencia entre distintas instituciones de ambos ordenamientos (el material y el procesal) – *Derecho penal*, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997, §23, pp.984 y ss. – y Jakobs sostiene que es imposible establecer una distinción genérica entre el Derecho penal y el Derecho procesal (*Derecho penal*, PG, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.411 y ss.).

<sup>60</sup> En este sentido, entre otros, ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal*, p.348; CEREZO MIR, J., *Curso...*, t. III, p.280; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho penal*, PG, p.462; BAJO FERNÁNDEZ, M. *El parentesco en el Derecho penal*, p.88; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal...*, PE, p.264; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.66 y 111 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.-M., “La punibilidad”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, p.840; ÁLVAREZ VIZCAYA, M. “La excusa absolutoria de los delitos patrimoniales: artículo 268 del CP”, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp.26 y ss.

<sup>61</sup> En este sentido, en la doctrina brasileña, véanse HUNGRIA, N., *Comentários...*, v.IX, p.509; MAGALHÃES NORONHA, E., *Direito penal*, v.II, 12 ed., Saraiva, São Paulo, 1976, p.526. FRAGOSO, H. C. “Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade”, 2ª parte, *RT*, 1997, v.739, p.761; MESTIERI, J. *Manual de Direito penal*, PG, v.I, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p.316; ASSIS TOLEDO, F. *Princípios...*, p.158; PRADO, L. R. *Curso de Direito penal brasileiro*, PG, v.I, 4 ed. São Paulo, RT, 2004, pp.712-713 (el mismo, *Curso...*, PE, v.II, São Paulo, RT, 2002, pp.631 y ss.; “Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa”. *RT*, 2000, v.776, pp.448 y ss.; *Comentários ao Código penal* 2 ed. RT, São Paulo, 2003, pp.781-782); DOTTI, R. A. *Curso de Direito penal*, PG, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p.669; CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria do fato punível*. 2 ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2002, p.273; SÁNCHEZ RÍOS, R., *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*, RT, São Paulo, 2003, pp.15, nota 5, y 114; ALMEIDA FERRO, A. L. *Excusas absolutórias no Direito penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp.41 y ss., entre otros.

sea civil o natural) y en el artículo 182 una condición de procedibilidad (“Sólo se procederá mediante representación, si el delito previsto en este Título se comete en perjuicio: I – del cónyuge divorciado o separado judicialmente; II – del hermano, legítimo o ilegítimo; III – del tío o del sobrino, con quien el agente cohabita”). Además, la presencia en los Códigos penales de institutos de naturaleza mixta (penal y procesal) – como la prescripción, según algunos<sup>62</sup> – también sería una señal clara de la equivocidad de cualquier intento de delimitación entre los ámbitos del Derecho penal y del Derecho procesal<sup>63</sup>.

Efectivamente, en la esfera prelegislativa no es posible identificar unos rasgos materiales que obliguen a configurar una determinada circunstancia como una condición de punibilidad o como una condición de procedibilidad<sup>64</sup>, sino que el hecho de que ésta figure de una u otra manera depende únicamente de criterios político-criminales (de conveniencia u oportunidad)<sup>65,66</sup>. Sin embargo, una vez que se decide incluir una

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVEZA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, pp.668 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E., en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p.246; GÓMEZ PAVÓN, P. “La prescripción del delito en el Código Penal”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, t. I, UNED, Madrid, 1989, p.373, nota 17.

<sup>63</sup> Véase KAUFMANN, HILDE *Strafenspruch...*, pp.120 y ss., y 141 y ss. García Pérez llama la atención para un problema similar, representado por la delincuencia de escasa relevancia (por ejemplo, los pequeños hurtos en supermercados): “para evitar la intervención penal en este ámbito se han ofrecido diversas propuestas. Desde el punto de vista material, se propone la exclusión de estas conductas de los tipos penales haciendo uso del principio de insignificancia, partiendo de que lo injusto ha de alcanzar una determinada gravedad para poder constituir un injusto penal o convirtiendo estas conductas en infracciones administrativas. Desde la perspectiva procesal, se propone transformar los delitos de escasa relevancia en delitos perseguibles sólo a instancia de parte” (GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.66). En cualquier caso, advierte Cerezo Mir que el llamado principio de insignificancia, formulado por Roxin, es “incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica”, pues “la delimitación de los casos de bagatela quedaría confiada a la doctrina y a la jurisprudencia, siendo el límite siempre discutible” (CEREZO MIR, J., *Curso...*, t. II, p.99).

<sup>64</sup> En Italia, también Ramacci (*Le condizioni obiettive di punibilità*, Jovene, Napoli, 1971, pp.215 y ss.) destaca la imposibilidad de realización de una distinción cualitativa entre ambas instituciones, mientras que Bricola (“Punibilità”, pp.599 y ss.) estima imposible la constatación de una diferencia sustancial de las condiciones de procedibilidad frente a las denominadas condiciones extrínsecas de punibilidad.

<sup>65</sup> Son – las condiciones objetivas de punibilidad, las causas personales de exclusión de la pena y los presupuestos de procedibilidad –, según Gimbernat Ordeig, “motivos de impunidad en los que el legislador renuncia a sancionar, aunque, en teoría, le sería posible hacerlo”, de ahí que “sean únicamente circunstancias puntuales y heterogéneas las que han llevado al legislador a la conclusión de que, a pesar del claro carácter delictivo del comportamiento, en el caso concreto parece oportuno renunciar a una pena” (GIMBERNAT ORDEIG, E. “Prólogo al libro de Antonio Cuerda ‘La colisión de deberes en Derecho penal’”. En: *Estudios de Derecho penal*, pp.233-235). Reconoce, además, que tales elementos “se agrupan de una manera algo arbitraria” (GIMBERNAT ORDEIG, E. *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p.36). Roxin, sin embargo, considera “objetable que los presupuestos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, o las causas personales de exclusión de la pena, estén tan cerca unas de otras, hasta tal punto que a veces sean intercambiables y que la atribución de una circunstancia al Derecho material o al procesal dependa, con frecuencia, de casualidades históricas” (ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, p.172).

<sup>66</sup> En Italia, Neppi Modona trata de identificar cuáles son los datos que en el plano dogmático y estructural diferencian las condiciones objetivas de punibilidad de las condiciones de procedibilidad (NEPPI MODONA G. “Concezione realista del reato e condizioni obiettive di punibilità”. *RIDPP*, 1971, pp.223 y ss.). En esta línea, afirma que ambos institutos responden a razones de oportunidad, si bien en la esfera de las condiciones de punibilidad las exigencias de conveniencia y oportunidad son previstas *in abstracto* y de modo genérico por el legislador, mientras que en los dominios de las condiciones de procedibilidad los motivos concretos que las orientan no están ni pueden estar abstractamente enunciados, de modo que su valoración estará a cargo de órganos distintos de los responsables por el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Los motivos de conveniencia y de oportunidad que rigen las condiciones de procedibilidad son tan variados que terminan por imposibilitar, desde el

circunstancia entre las condiciones de procedibilidad, ello implica necesariamente su exclusión del ámbito de la figura de delito.

Cumple destacar, por último, que aunque dependa de criterios fundamentalmente político-criminales la ubicación de un determinado elemento entre las condiciones de punibilidad o de procedibilidad, no se puede perder de vista que de esta decisión legislativa derivan importantes consecuencias. En efecto, si el elemento en cuestión figura entre las condiciones de procedibilidad a él no se aplicarán las garantías que conlleva el principio de legalidad, estará sometido a la vigencia del principio de libertad probatoria y la resolución judicial que declare su inexistencia no será afectada por la cosa juzgada material. Y ello es así porque los presupuestos de procedibilidad, a diferencia de las auténticas condiciones de punibilidad, “no inciden en la punibilidad de un hecho, sino en la admisibilidad de su persecución procesal”<sup>67</sup>.

Ahora bien, hay diversos supuestos que dan lugar a distintas opiniones a la hora de abordar su concreta naturaleza jurídica, de modo que se discute en la doctrina si los mismos se integran entre las condiciones objetivas de punibilidad o si constituyen auténticas condiciones de procedibilidad. En esta línea, se puede apuntar como ejemplos de la dificultad señalada el requisito de no poder perseguirse el hecho por motivos

punto de vista de la técnica legislativa, su previsión en abstracto, de ahí que la evaluación de los motivos de oportunidad se realizará por los órganos no encargados de la actividad jurisdiccional y a través de un procedimiento de técnica legislativa que examinará cada uno de los casos concretos, lo que puede poner en tela de juicio las exigencias del principio de legalidad y el principio de obligatoriedad de la acción penal (véase NEPPI MODONA G., “Concezione realistica...”, p.224). Por tanto, un criterio válido de distinción entre ambos institutos – las condiciones de punibilidad y las de procedibilidad – sería, según apunta el mencionado autor, el hecho de que las primeras sean siempre expresamente previstas y puedan ser identificados en términos abstractos los valores que motivaron el legislador a subordinar la punibilidad de un hecho delictivo a la verificación de un suceso externo, mientras que resulta imposible identificar previamente los motivos específicos que orientan las condiciones de procedibilidad, es decir, el orden de intereses a que concretamente se encuentra subordinado el inicio del procedimiento penal. El legislador se limita a legitimar determinados sujetos a realizar valoraciones discrecionales, completamente ajenas a cualquier clase de control judicial, y sometidas únicamente a un control formal de regularidad (véase NEPPI MODONA G., “Concezione realistica...”, p.225). Partiendo de la distinción propuesta por Delitala, apunta que la presencia del reo en el territorio del Estado (hecho jurídico) descrito por el precepto penal (arts.9 e 10 del Código penal italiano), una vez constatada en el proceso penal, no es susceptible de ninguna valoración discrecional, y pone en marcha el mecanismo de la obligatoriedad de la acción penal. Los motivos de oportunidad y conveniencia – vislumbrados en el interés del Estado de ocuparse de determinados delitos cometidos en el exterior sólo cuando el ciudadano o el extranjero se encuentran en el territorio del Estado – son valorados definitivamente por el mismo legislador a través de cada una de las disposiciones incriminadoras de la Parte Especial, sin dejar ningún espacio libre para la operatividad de ulteriores planos de intereses propios de sujetos ajenos a los órganos jurisdiccionales. En los artículos 9 y 10 del Código penal italiano se conjugan condiciones de punibilidad y de procedibilidad, puesto que además de la mencionada condición de punibilidad (la presencia del reo en el territorio del Estado) se exige también, en atención a ulteriores planos de intereses, susceptibles de comprobación en concreto, que un órgano del Poder Ejecutivo – el Ministro de Justicia – realice una ulterior valoración discrecional (acto jurídico), consustanciada en la requisición del procedimiento (condición de procedibilidad). Tales condiciones corresponden a planos de intereses variados, que exigen un mecanismo de tutela igualmente distinto (véase NEPPI MODONA G., “Concezione realistica...”, pp.226-227).

<sup>67</sup> WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, PG. 11 ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, trad. Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, p.88. En sentido similar, razonan MAURACH/ZIPF que como los presupuestos pertenecen exclusivamente al Derecho procesal, “no afectan ni al contenido de ilícito ni a la punibilidad del hecho, sino que se limitan exclusivamente a condicionar la perseguibilidad. Faltando ellos, no procede absolver, sino *sobreseer* el procedimiento” (MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, PG, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1994, § 21, p.374). Véanse también WESSELS, J., *Derecho penal*, p.50; ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, pp.165-166.

distintos a la extinción de la responsabilidad penal (art.30.3, CP) y la declaración de concurso (art.260, CP). Respecto al primer supuesto, cabe decir que el artículo 30.1 consagra una cláusula limitativa de la responsabilidad a los autores en los delitos cometidos a través de medios y soportes de difusión mecánicos – extensiva a las conductas de favorecimiento personal o real (art.451) –, estableciendo, por consiguiente, una exención de responsabilidad para los cómplices. El mencionado precepto opera una restricción de la esfera de los penalmente responsables por los delitos cometidos a través de medios o soportes de difusión mecánicos<sup>68</sup>, cuya finalidad radica en la tutela de la función decisiva que desempeñan los medios de comunicación en la formación de la opinión pública por medio de las informaciones y opiniones emitidas<sup>69</sup>.

Además de la restricción apuntada, el artículo 30.2 determina que “los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria”, según el orden que se sigue, compuesto de cuatro grados o categorías: “1º. los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo”; “2º. los directores de la publicación o programa en que se difunda”; “3º. los directores de la empresa editora, emisora o difusora”; “4º. los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora”. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 30.3 el procedimiento sólo se dirigirá contra los sujetos mencionados en los párrafos 2º, 3º y 4º “cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior”. La doctrina mayoritaria considera la imposibilidad de perseguir criminalmente al o a los sujetos situados en el número anterior, por alguna causa que no sea la extinción de la responsabilidad criminal, una condición objetiva de punibilidad<sup>70</sup>, mientras que algún autor le atribuye la naturaleza de una condición de perseguibilidad<sup>71</sup>. Para elucidar la naturaleza jurídica del elemento en cuestión, es necesario señalar que el mismo circunscribe la finalidad protectora de los medios de comunicación del artículo 30.2, es decir, permite la responsabilidad de las personas enumeradas

<sup>68</sup> Destacan el carácter restrictivo de la responsabilidad penal del artículo 30 del actual Código penal – artículo 15 del CP/1973 –, por ejemplo, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p.486; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código penal*, pp.256 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO G., en *Comentarios...*, t.I, pp.798 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso...*, t.III, p.248; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p.174; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, pp.472-473; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones...*, p.837; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO /HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp.502 y 504; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, pp.143-144; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.282 y ss.

<sup>69</sup> Así, entre otros, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.282; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, p.472; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p.486.

<sup>70</sup> En este sentido, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, pp.262 y 486; ORTEGO COSTALES, J. “Delitos cometidos por medio de la publicidad”. *ADPCP*, 1975, p.24; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p.174 (el mismo, *Adiciones...*, II, p.771); SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones...*, p.754; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO /HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p.386; COBO DEL ROSAL /VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, pp.430, nota 13, y 431, nota 17; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, pp.142 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p.14; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.283-284, y 293-294; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias*, p.57; GÓMEZ TOMILLO M. *Libertad de información y teoría de la delincuencia. (La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas)*, Comares, Granada, 1998, pp.170 y ss., especialmente p.171.

<sup>71</sup> CEREZO MIR, J., *Curso...*, t.III, pp.249 y 279.

en los párrafos 2º, 3º y 4º cuando realizan conductas constitutivas de autoría (art.28). Así, los directores de la publicación o programa, los directores de la empresa editora, emisora o difusora, y los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora responderán de forma subsidiaria y sucesivamente cuando los redactores del texto o productores del signo, y quienes les hayan inducido a realizarlo, no puedan ser perseguidos, excepto cuando la imposibilidad se refiera a la extinción de la responsabilidad penal<sup>72</sup>. Según un sector de la doctrina, la restricción en cuestión trata de evitar que la protección otorgada a los medios de comunicación en los delitos cometidos a través de medios o soportes de difusión mecánicos comprometa las exigencias de prevención general, pues de lo contrario, es decir, “si la limitación de la responsabilidad a los autores del texto o signo y los inductores fuese absoluta, ello podría provocar la impunidad de muchos hechos ilícitos relativos a los delitos cometidos por medios o soportes de difusión mecánicos, lo que acarrearía una fuerte pérdida de la confianza de los ciudadanos en la validez de las normas protectoras de los bienes afectados en estos delitos”<sup>73</sup>.

Sin embargo, lo que parte de la doctrina denomina función de prevención general positiva o integradora de la pena – que sería un instrumento dirigido a la estabilización normativa, justificándose por la producción de efectos positivos que se plasman en el fortalecimiento general de la confianza en la norma – no es otra cosa que la función de ejemplaridad de la pena justa, o sea, de la pena retributiva y proporcionada a la gravedad del delito, cuya aplicación supone una reafirmación del ordenamiento jurídico. Por tanto, cuando se dice que a través del requisito de la imposibilidad de persecución penal del hecho (art.30.3) se busca garantizar la vigencia de la norma, se hace referencia al efecto preventivo estabilizador que supone la aplicación de la pena al hecho delictivo, de modo que “el cambio de palabras no afecta en nada al contenido de la pena, que es reafirmación del ordenamiento jurídico, es decir, retribución justa”<sup>74</sup>. Pues bien, el sentido del artículo 30.1, al limitar la responsabilidad penal a los autores en los delitos cometidos a través de medios y soportes de difusión mecánicos, eximiendo de responsabilidad a los cómplices y encubridores, tiene como finalidad proteger la emisión del pensamiento, conforme se ha puesto ya de manifiesto, pues una ampliación desmesurada del ámbito de las personas responsables pondría en peligro la libertad de expresión e información de los medios de comunicación. Esa limitación de la responsabilidad a los autores y el establecimiento de un sistema de responsabilidad en cascada también se orienta en el sentido de asegurar la libertad de los medios de comunicación social, pero hay que matizar ese punto de vista reconociendo que el sistema escalonado de responsabilidad deriva históricamente de la necesidad de impedir que el anonimato

<sup>72</sup> Ya no se puede argumentar que el modelo legal de la responsabilidad en cascada abre espacio para la responsabilidad objetiva y obstaculiza la vigencia del principio de culpabilidad, puesto que cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 30.2 puede invocar una causa de inculpabilidad. Además, precisamente a través del artículo 30.3 se viene a garantizar la exclusión de la responsabilidad objetiva y la plena vigencia del principio de culpabilidad, dado que “la ausencia de culpabilidad será uno de los motivos por los que no pueda perseguirse a alguna de las personas comprendidas en los sucesivos peldaños de la escala, pues la culpabilidad es un elemento esencial del delito en el nuevo Código penal” (CEREZOMIR, J., *Curso...*, t.III, p.249).

<sup>73</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.283.

<sup>74</sup> GRACIA MARTÍN, L. *Proyecto docente y de investigación en Derecho penal*, Zaragoza, 1990, p.163.

o pseudoanonimato dieran lugar a la impunidad del delito, preocupación ésta anterior incluso a la invención misma de la imprenta<sup>75</sup>. Ahora bien, es precisamente esa preocupación por asegurar la efectividad de una responsabilidad penal en tales delitos - es decir, por la conveniencia de evitar las situaciones de impunidad que puedan derivar de la limitación del número de personas responsables y del establecimiento de una responsabilidad en cascada - que se determina, en el artículo 30.3, que si no se ha podido perseguir criminalmente al o a los situados en el número anterior, por algún motivo que no sea la extinción de la responsabilidad criminal, se dirigirá el procedimiento contra las personas mencionadas en el número inmediatamente posterior. Este precepto se fundamenta claramente en exigencias político-criminales (de conveniencia y oportunidad), pues busca impedir la impunidad derivada de la imposibilidad de persecución de las personas situadas en los peldaños anteriores de la escala. Es efectivamente una *condición de procedibilidad*, que no incide en la punibilidad de un hecho, sino en la admisibilidad de su persecución procesal, de modo que la decisión judicial que declare su inexistencia no será afectada por la cosa juzgada material<sup>76</sup>. Así, cuando por cualquier causa distinta de la extinción de la responsabilidad criminal - como, por ejemplo, la ausencia de culpabilidad -, incluso la declaración de rebeldía, o la residencia fuera de España, no se pueda perseguir a una persona comprendida en alguno de los números precedentes, se podrá perfectamente instaurar el procedimiento contra la mencionada en el número sucesivo<sup>77</sup>.

Con relación al segundo de los supuestos inicialmente mencionados - la declaración de concurso (art.260, CP) - también se discute en la doctrina su naturaleza jurídica, y las opiniones se dividen entre las que le atribuyen la naturaleza de un presupuesto procesal y las que la consideran una condición objetiva de punibilidad. La divergencia respecto a la naturaleza jurídica de este requisito se justificaba, a la luz del Código penal de 1973, porque la doctrina dominante distinguía entre la declaración judicial de la quiebra y la calificación de la quiebra<sup>78</sup> o la providencia para mandar proceder criminalmente<sup>79</sup>. Entre los autores que se adherían a la mencionada distinción, algunos atribuían a ambos requisitos - la declaración judicial de la quiebra y, según el caso, la calificación o la providencia para proceder - la naturaleza jurídica de presupuestos

<sup>75</sup> Sobre esta tesis, véase, por todos, GÓMEZ TOMILLO M. "El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen, evolución y perspectivas actuales". *RDPCR*, 2ª época, 1999, nº 3, pp.77 y ss., especialmente pp.87 y ss., y 123 y ss. (el mismo, *Libertad de información...*, pp.9 y ss., especialmente pp.30 y ss.).

<sup>76</sup> En esta línea, es preciso tener en cuenta el artículo 819 de la LECrim: "Cuando no pudiese averiguarse quién sea el autor real del escrito o stampa, o cuando por hallarse domiciliado en el extranjero o por cualquier otra causa de las especificadas en el Código Penal no pudiese ser perseguido, se dirigirá el procedimiento contra las personas subsidiariamente responsables, por el orden establecido en el artículo respectivo del expresado Código".

<sup>77</sup> Al respecto, el artículo 821 de la LECrim determina que "si durante el curso de la causa apareciere alguna persona que, por el orden establecido en el artículo respectivo del Código Penal, deba responder criminalmente del delito antes que el procesado, se sobreseerá la causa respecto a éste, dirigiéndose el proceso contra aquella".

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, GONZÁLEZ MONTES, J. L. *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Euns, Pamplona, 1974, pp.164 y ss.; y MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, p.153.

<sup>79</sup> Cfr., en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p.165.



procesales<sup>80</sup>, mientras que otros conferían a la declaración de quiebra la naturaleza de una condición objetiva de punibilidad, estimando que la calificación o la providencia eran presupuestos procesales<sup>81</sup>. Por último, los que no compartían la citada distinción y tenían como punto de partida una perspectiva unitaria, o bien otorgaban a la declaración judicial de la quiebra la naturaleza de una condición objetiva de punibilidad<sup>82</sup>, o bien sostenían que la misma era un presupuesto procesal<sup>83</sup>. Ahora bien, el artículo 260 del Código penal de 1995 – modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre – determina que la intervención penal depende sólo de la previa declaración del estado de concurso, sin que esté supeditada a la calificación civil del mismo y a la providencia de mandar proceder<sup>84</sup>. En efecto, el apartado 3º esclarece que el delito en cuestión y los delitos relacionados con él “podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste”, lo que pone de manifiesto que no son necesarias ni la calificación civil, ni la providencia para proceder – que suponen la conclusión del proceso civil –, sobre todo cuando el apartado 4º añade que “en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”. De ahí que únicamente la declaración de concurso condiciona la intervención penal.

La doctrina mayoritaria se inclina por considerar tal requisito una condición objetiva de punibilidad<sup>85</sup>, mientras que otra parte de la doctrina califica la declaración de

<sup>80</sup> Véase, por ejemplo, VILADÁS JENÉ, C. *Los delitos de quiebra*, pp.158 y ss.

<sup>81</sup> En este sentido, GONZÁLEZ MONTES, J. L., *La calificación civil...*, pp.167 y ss., y 171; MARTÍNEZ BUIÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp.49, 84, 102, 128, y especialmente pp.153 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal...*, pp.162 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Manual de Derecho penal*, PE, pp.236 y ss.

<sup>82</sup> Así, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t.III, pp.81 y ss. (el mismo, *Curso...*, p.399); ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p.262; CÓRDOBA RODA, J. *Notas...*, t.I, p.298, nota 25; CUELLO CALÓN /CAMARGO HERNÁNDEZ, *Derecho penal*, PG, v.II, t.I, p.637; GIMBERNAT ORDEIG, E. *Introducción...*, p.36; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal español*, PG, p.244; POLAINO NAVARRETE, M. “La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídicopenal y la política criminal”, en *Criminalidad actual y Derecho penal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Córdoba, 1988, p.35, nota 24, y p.36; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp.15, 23, 111-112, 134-135, y 147.

<sup>83</sup> Véanse, entre otros, SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones...*, p.754; y BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual...*, PE, p.273.

<sup>84</sup> En este sentido se manifiestan, por ejemplo, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios...*, t.II, p.1.296; QUINTERO OLIVARES, G., QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios...*, pp.1.304 y ss.; NIETO MARTÍN, A. “Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal”. *AP*, 1996, nº 40, p.771; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.234; GONZÁLEZ PASTOR, C.-P. “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”. *La Ley Penal*, Estudios monográficos/Insolvencia punible, 2004, nº 3, p.16; BLANCO BUITRAGO, R. “La separación de los ilícitos civiles y los ilícitos penales en el ámbito concursal”. *La Ley Penal*, Estudios monográficos/Insolvencia punible, 2004, nº 3, p.25; MALDONADO RAMOS J. “Panorama de la Ley Concursal”. *RDP*, 2003, nº 1-3, pp.440 y ss.

<sup>85</sup> Véanse MIR PUIG, S., *Derecho penal*, pp.146 y 174; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p.417; NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles...”, pp.771 y 782; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. “Las condiciones objetivas de punibilidad...”, p.388 (aunque se rectifique posteriormente, en la página 396, afirmando que el supuesto en cuestión constituye una condición de procedibilidad, “porque tiene que ver o guarda relación exclusivamente con la ‘aplicación’ del Derecho penal sustantivo”); GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.236-237, y 246; MAZA MARTÍN, J. M. “Las insolvencias punibles”, en *Empresa y Derecho penal*, 1998, v.I, CDJ, p.314; CUELLO CONTRERAS J. “Insolvencias punibles”. *CPC*, 1999, nº 67, pp.45-46; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S. *Derecho penal económico*, pp.401 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.). *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, v.II, p.527 (el mismo, RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, *Comentarios...*, p.738); MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>º</sup> R., en ZULGADÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO,

concurso como una condición de procedibilidad<sup>86</sup> o como un auténtico elemento del tipo<sup>87</sup>. Así las cosas, hay que investigar el fundamento de la necesidad de la previa declaración de concurso para entonces adoptar uno u otro punto de vista. Según un sector de la doctrina, serían razones de seguridad jurídica las que aconsejan la subordinación del proceso penal al civil, pues así se impide que estos dicten resoluciones divergentes respecto a una misma conducta, es decir, se trata de evitar “la posibilidad de que el juez penal declare la quiebra donde el civil no la encuentre, y que el comerciante sea a la vez considerado como quebrado o no quebrado – aunque con distintos efectos –, según el orden judicial que examine su actividad mercantil”<sup>88</sup>.

Sin embargo, la admisibilidad actual de dos intervenciones paralelas – la penal y la civil – y la consecuente posibilidad de que lleguen a resoluciones contrapuestas ponen en evidencia la debilidad del argumento anteriormente mencionado, permitiendo que

*Derecho penal*, PG, p.870 (la misma, *El error sobre la punibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.29 y 69). En la doctrina italiana, véanse, por ejemplo, ZANOTTI, M. “Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità”. *AcP*, 1984, n° 1, pp.93-94, 96 y 103-104; BATTAGLINI, G. *Direito penal*, v. I, pp.348-349, y 358; PANNAIN, R., *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, v.I, UTET, Torino, 1950, p.283; CAVALLIO, V. *Diritto penale*, p.454; DI LORENZO, A. “Le condizioni di punibilità nella sistematica del reato”. *RIDP*, 1955, p.444; ALIMENA, F., *Le condizioni di punibilità*, pp.72 y ss.; DELITALA, G. “Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta”, en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, v.II, Giuffrè, Milano, 1976, pp.724 y ss.; NUVOLONE, P. *Il Diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, pp.13 y ss. (el mismo, “I reati in materia di fallimento”, en *Trent'anni di Diritto e Procedura Penale*, v.II, Cedam, Padova, 1969, pp.1.329-1.330); GROSSO, “Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del comesso del reato della bancarotta prefallimentare”, *RIDPP*, 1970, p.564; ROMANO, M., *Commentario...*, v. I, p.447; MANTOVANI, F., *Diritto penale*, PG, p.784; PEDRAZZI, C. “Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?”, *RIDPP*, 1989, pp.914-915; D'ASCOLA, V. N. “Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità”. *RIDPP*, 1993, n° 2, pp.660, nota 26, y 671, entre otros. En la doctrina brasileña, opinan que la declaración de quiebra (art.186, Decreto-ley 7.661/1945) es una condición objetiva de punibilidad, por ejemplo, HUNGRIA, N. *Comentários...*, v.I, t.II, p.29 (el mismo, “Dos crimes falimentares”, en *Novas questões jurídico-penais*, p.227); STEVENSON, O. *Do crime falimentar*, pp.135-136; SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito penal*, PG, p.535; MAGALHÃES NORONHA, E., *Direito penal*, v.II, p.45; FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito penal*, p.218 (el mismo, “Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade”, 2ª parte, *RT*, 1997, v.739, p.760); MESTIERI, J. *Manual...*, p.316; TAVARES J. *Teoria do injusto penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, pp.199, y 203-204; PRADO L. R., *Curso...*, PG, v.I, p.711; DOTTI, R. A. *Curso...*, p.670; CIRINO DOS SANTOS J. *A moderna teoria...*, p.272; SÁNCHEZ RÍOS R., *Das causas de extinção da punibilidade...*, p.122.

<sup>86</sup> Así, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso...*, t.III, pp.277-278; QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios...*, pp.1.304-1.305 (el mismo, “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”. En: *Derecho penal económico*, Manuales de Formación Continuada, n° 14, pp.533 y ss.; “La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales”. *RDPCr*, 2ª época, 1998, n° 2, pp.114 y ss.); GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Los delitos de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.191 y ss. Sin embargo, se refiere a la exigencia de la declaración de concurso como un “requisito objetivo de procedibilidad” o un “presupuesto objetivo de punibilidad”, por ejemplo, BLANCO BUTRAGO, R. “La separación de los ilícitos...”, pp.30 y 31. En Italia, se posicionan en este sentido, por ejemplo, GIULIANI, U. *Il problema giuridico...*, pp.99 y ss (el mismo, “Sul regime processuale dei reati fallimentari”. *RIDPP*, 1959, pp.1.306 y ss.), y MANGANO, P. “La dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta”. *RTDPE*, 1995, n° 4, pp.1.204-1.205 (el mismo, “Dichiarazione di fallimento o accertamento dell'insolvenza”. En: *Verso un nuovo Codice Penale*, p.498). En Brasil, véase, por todos, ASSIS TOLEDO, F. *Princípios...*, p.157.

<sup>87</sup> Véase BENEYTEZ MERINO, L. “Las insolvencias punibles”, en *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.184. En la doctrina italiana, identifican la declaración de quiebra con el resultado del delito, por ejemplo, SABATINI, GIUSEPPE. “Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato”. *La Giustizia Penale*, 1958, fasc. VI, pp.518 y 520; BOSCHI, M. “Le condizioni obbiettive di punibilità...”, pp.646-647. En la doctrina brasileña, véase ZENKNER SCHMIDT, A. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p.57.

<sup>88</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. I, p.165. En este sentido también se pronuncia, por ejemplo, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Las condiciones...*, p.154, nota 358.

gane fuerza otra línea argumentativa que vislumbra como fundamento de la exigencia en cuestión la necesidad de evitar “que la intervención penal no contribuya a generar o agravar una situación de crisis económica que no sólo perjudique a los sujetos pasivos, sino al propio sujeto activo y terceras personas”<sup>89</sup>. De hecho, la insolvencia da lugar a nefastas consecuencias que afectan no sólo al propio deudor, sino también a los acreedores y terceros, en primer lugar porque la apertura de un proceso ejecutivo universal implica la ruina del deudor, y en segundo lugar porque eso supone el impago de parte de las deudas contraídas con los acreedores y inequívocos perjuicios para terceros, entre los cuales se pueden enumerar la pérdida de puestos de trabajos, la ruina de otros comerciantes, etc.<sup>90</sup>. De ahí que el establecimiento como requisito previo a la intervención penal de la previa declaración de concurso tiene como fundamento el interés general de evitar la apertura de un proceso ejecutivo universal y, de esa forma, impedir que el mismo desencadene los efectos apuntados. De no ser así, podría ser la propia intervención penal la real causa de la ruina del deudor, porque al poner en tela de juicio la confianza en la solvencia de un sujeto, puede ocasionar la efectiva insolvencia del mismo, dado que “nadie concede créditos a alguien a quien se imputa conductas gravemente contrarias a la buena gestión económica”<sup>91</sup>. El precepto en estudio se fundamenta en inequívocas razones político-criminales, entre las cuales se puede destacar la conveniencia de no proceder a la imposición de una pena - pese a la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable - para incentivar la recuperación de la empresa, la superación de la crisis y la evitación de la insolvencia. Es indiscutible que la declaración de concurso no afecta a lo injusto culpable - que se configura plenamente con la conducta de bancarrota y el resultado de insolvencia -, sino que se limita a comprobar que el activo del sujeto es inferior al pasivo. Por lo tanto, su papel es condicionar la punibilidad de la conducta del sujeto a la declaración civil, es decir, es una auténtica *condición objetiva de punibilidad*.

Si el juez penal estuviera absolutamente subordinado a la calificación de la insolvencia en el proceso civil, se podría perfectamente sostener la caracterización del requisito en cuestión como una condición de procedibilidad. No obstante, si se acepta la tesis según la cual aunque sea necesaria la previa declaración de concurso, no es indispensable para la persecución del delito de insolvencia dolosa la conclusión del proceso civil, de modo que aquélla podrá tener lugar sin perjuicio de la continuación de

<sup>89</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp.235 y ss., y 246. En este sentido, NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, pp.55 y ss.

<sup>90</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.236.

<sup>91</sup> GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p.236. En definitiva, “se trata principalmente de mantener el crédito del comerciante con el fin de no cerrar las puertas a su posible recuperación, en cuanto que la intervención penal puede ocasionar más costes para el bien jurídico tutelado” (NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, p.57). Desde esta perspectiva, la fundamentación oficial del § 283 StGB señala que “para muchos empresarios económicamente débiles el riesgo permanente de ser denunciados y de verse inmersos en un proceso penal, (es) lo que probablemente sería la verdadera causa de su ruina económica”. La doctrina alemana y la italiana acogen mayoritariamente semejante punto de vista en la fundamentación de la subordinación temporal del proceso penal al concursal – véanse, por todos, TIEDEMANN, K. *Insolvenz Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1996, Vor § 283, marg. 87; y PEDRAZZI, C., “Reati fallimentari”, en PEDRAZZI, C./ALESSANDRI, A./FOFFANI, L./SEMINARA, S./SPAGNOLO, G. *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, 2 ed. Monduzzi Editore, Bologna, 2000, p.77.

éste<sup>92</sup>, se puede perfectamente concluir que la mencionada exigencia constituye una condición objetiva de punibilidad, y no una condición de procedibilidad. En la actualidad, existe una subordinación meramente temporal del proceso penal en relación al civil en el delito de insolvencia dolosa, fundada en el interés político-criminal de no comenzar el proceso penal cuando se ha causado o agravado la insolvencia o la situación de crisis mientras no se haya iniciado el proceso concursal.

Con arreglo al sistema del Código penal anterior, era evidente que hasta que no se produjera la calificación civil de la quiebra – es decir, antes de que el juez civil calificara la quiebra como punible – no era posible instaurar la persecución del delito de quiebra fraudulenta, pues sin ese requisito no se podía formular ni querrela ni denuncia. Tal exigencia figuraba, por consiguiente, como una condición de procedibilidad. Sin embargo, el Código penal de 1995, a diferencia del anterior Código – en el que no era posible ejercer la acción penal por delito de quiebra hasta que el juez civil hubiese procedido a la calificación de la misma como fraudulenta –, no condiciona la persecución penal a la declaración del deudor “en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio” (anterior artículo 520, CP). De ahí que el acreedor puede decidir cuándo iniciar la persecución penal, puesto que podrá solicitar la declaración de quiebra y a continuación ejercer la acción por delito de insolvencia dolosa, aunque la punibilidad de la conducta en cuestión esté condicionada a la declaración del deudor en estado de concurso. Ésta es una condición objetiva de punibilidad, dado que no condiciona el ejercicio de la acción penal, sino la posibilidad de imposición de la sanción penal correspondiente. La persecución penal no supone la conclusión del expediente concursal, bastando con que el mismo se haya iniciado – por las razones político-criminales ya apuntadas –, pero la punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable dependerá de la declaración de concurso, que podrá verificarse antes o después de la consumación del delito en cuestión. El proceso penal podrá perfectamente iniciarse y concluirse antes que el proceso civil (art.260.3, CP), pues para la configuración de la punibilidad de la conducta bastará con una declaración formal – a través de un auto del Juez declarando el concurso de acreedores (cfr. arts.13 y ss., Ley Concursal 22/2003) – en la que se admita a trámite la solicitud de concurso, lo que demuestra que ya no se exige la sentencia definitiva en la jurisdicción civil.

Lo cierto es que la dificultad en la realización de una delimitación exacta entre las condiciones de punibilidad y de procedibilidad no obsta que se reconozca la autonomía

<sup>92</sup> Esta solución se puede defender únicamente si se estima que el Código penal de 1995 ha derogado tácitamente los artículos 896 del CCo – que determinaba que “en ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá, por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, sin que antes el juez o tribunal haya hecho la declaración de la quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente” – y 1386 de la LECiv – que establecía que “cuando del expediente de calificación resultaren méritos para calificar la quiebra de fraudulenta o de alzamiento, el juez mandará sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado” –, como hace la doctrina mayoritaria – así, por ejemplo, NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, pp.58 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. I., en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Compendio de Derecho penal español (Parte Especial)*, p.478; JORDANA DE POZAS L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, p.2.892; MASCARELL NAVARRO, M J. “La calificación de la quiebra y de la suspensión de pagos en el CP de 1995”, *RD*, 1997, nº 2, pp.375 y ss., especialmente pp.395 y ss.; GÓMEZ PAVÓN P. “Las insolvencias punibles en el Código penal actual”. *CPC*, 1998, nº 64, pp.52-53; MAZA MARTÍN, J. M., “Las insolvencias...”, p.313; BLANCO BUTRAGO, R. “La separación de los ilícitos...”, pp.25 y 27.

de aquéllas y tampoco es razón suficiente como para asignarles una naturaleza procesal<sup>93,94</sup>. Las condiciones objetivas de punibilidad – a ejemplo de las excusas absolutorias – pertenecen, así como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, a la *figura de delito*, es decir, al conjunto de todas y cada una de las circunstancias imprescindibles para la aplicación de la pena. El concepto de figura de delito es, por lo tanto, un concepto amplio, que comprende no sólo los elementos esenciales del concepto de delito, sino también los elementos que actúan circunstancialmente como presupuestos de la concreta imposición de la pena.

Reconocer la pertenencia de tales elementos accidentales a la figura de delito no implica, sin embargo, incluirlos entre los elementos del tipo de lo injusto. El concepto de *tipo de lo injusto* no abarca a la totalidad de los presupuestos o circunstancias necesarios para la aplicación de las consecuencias jurídicas, sino que se presenta como un concepto restringido. Es una parte de la figura de delito, que comprende únicamente *algunos* de los elementos que fundamentan la pena. La categoría del tipo de lo injusto traza los límites entre lo que es penalmente relevante y lo que no lo es. El tipo de lo injusto procede a una selección de aquellos injustos que en general merecen ser sancionados con una pena criminal. Se antepone, así, a la antijuridicidad y a la culpabilidad y su contenido se encuentra directamente vinculado a la concepción que se tenga de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias en sentido amplio, en cambio, quedan al margen de lo injusto específico de una determinada figura de delito<sup>95</sup>. Son supuestos concretos que, por razones fundamentalmente político-criminales, excluyen la punibilidad de una determinada conducta típica, antijurídica y culpable. Las condiciones de punibilidad – positivas y negativas – no influyen en la magnitud de lo injusto y tampoco de la culpabilidad. En definitiva, las circunstancias condicionantes de la punibilidad ajenas al delito son supuestos heterogéneos y tienen en común el hecho de que dejan intacto el contenido de las categorías del delito – la acción u omisión, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad –, afectando únicamente a la punibilidad.

Ahora bien, respecto a las condiciones de procedibilidad cabe decir que son ajenas tanto a la noción de figura de delito como al concepto de tipo de lo injusto. En efecto, las condiciones de procedibilidad no integran la esfera de las circunstancias de las que

<sup>93</sup> Cfr. ZANOTTI, M., “Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità”. *AcP*, 1984, n° 1, pp.147 y ss., y 158.

<sup>94</sup> De hecho, “una cosa es admitir que en el caso concreto puede no resultar sencillo diferenciar una condición de punibilidad de una condición de procedibilidad y otra, muy distinta, deducir de ahí la inviabilidad de la noción de condiciones objetivas de punibilidad como institución jurídico-penal dotada de contornos propios, cuando no queda más remedio que reconocer que ésta es imprescindible para acoger una serie de elementos que indubitadamente no pueden ser adscritos a las categorías dogmáticas conocidas y que reúnen las notas conceptuales para ser englobadas en la noción apuntada” (MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. “Condiciones objetivas de punibilidad...”, p.568; el mismo, *Las condiciones...*, pp.97-98). Es oportuno recordar, sin embargo, que Martínez-Buján Pérez otorga a las condiciones objetivas de punibilidad el mismo tratamiento dispensado a los elementos del tipo, “con la única peculiaridad de que no son abarcadas por la culpabilidad del agente”, y que termina por declarar que las mismas “participan de todas las garantías del Estado de Derecho reservadas para los elementos del tipo, incluyendo señaladamente la función de garantía de la ley penal que, v. gr., prohíbe la analogía o la retroactividad de disposiciones desfavorables” (MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Condiciones objetivas de punibilidad...”, p.574).

<sup>95</sup> Cfr., por todos, CEREZO MIR, J., *Curso...*, t.II, p.96.

depende la aplicación de la pena (figura de delito) y, consecuentemente, tampoco pertenecen al ámbito de los elementos que fundamentan la imposición de la pena (tipo de lo injusto). El hecho de que las condiciones de procedibilidad sean ajenas a la figura de delito permite la identificación de una diferencia sustancial – y no meramente formal – entre éstas y las condiciones objetivas de punibilidad. Desde un punto de vista material se puede afirmar, por consiguiente, que esos elementos se distinguen fundamentalmente en virtud de pertenencia de las condiciones objetivas de punibilidad al ámbito de las circunstancias que condicionan la concreta imposición de la pena, mientras las condiciones de procedibilidad tan sólo condicionan la persecución procesal del delito.

En resumen, tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las condiciones de procedibilidad son circunstancias ajenas al concepto del delito y obedecen a consideraciones básicamente político-criminales. Sin embargo, mientras las primeras integran la categoría de la punibilidad y condicionan, por tanto, la concreta imposición de la pena, las segundas actúan fundamentalmente condicionando el inicio del proceso penal.

### III. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD: CRÍTICA AL SISTEMA INTEGRAL DEL DERECHO PENAL

Un sector de la doctrina opina que el hecho de que las condiciones de procedibilidad se sitúen en el proceso penal no supone un obstáculo para su inserción en el ámbito de la punibilidad y tampoco figura como inconveniente para su introducción en el concepto del delito. En efecto, son varios los autores que se esfuerzan por elaborar un sistema integral del Derecho penal en el que se captarían, más allá del injusto culpable, todos aquellos elementos caracterizados por su profunda diversidad – como las condiciones objetivas de punibilidad -, así como las instituciones procesales – como las condiciones de procedibilidad - y otros factores relacionados con la individualización de la pena.

Freund, por ejemplo, sostiene que la vigencia misma del subsistema penal estaría condicionada al cumplimiento de una función legitimadora, de ahí que cobre sentido la incorporación del proceso penal al sistema integral del Derecho penal, en razón de la función útil que desempeña para la aplicación concreta de éste<sup>96</sup>. En la concepción defendida por Freund, el Derecho penal, concebido en términos tradicionales, no estaría apto para proporcionar por sí solo la necesaria estabilización de la vigencia del sistema normativo, de ahí que únicamente el Derecho penal integral resulta ser un método idóneo, adecuado y necesario para lograr la restauración de la paz jurídica perturbada por la infracción de la norma. En esta línea, tampoco cabría hablar de injusto merecedor de pena cuando no existiera querella, pues faltaría desde un principio toda necesidad de reacción penal<sup>97</sup>. Tales consideraciones son perfectamente coheren-

<sup>96</sup> FREUND, G., “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p.102.

<sup>97</sup> FREUND, G., “Sobre la función...”, pp.114 y ss. Desde esta perspectiva material, concluye Freund, “la distinción entre punibilidad y perseguibilidad suena como simple palabrería” (“Sobre la función...”, p.105). Sobre la



tes con la adopción de un punto de vista funcionalista, que trata de delimitar el ámbito de los auténticos hechos punibles en función de la necesidad de pena y de persecución penal. En esta línea se enmarca asimismo el posicionamiento que mantiene Kuhlen respecto a los límites que el Derecho procesal vigente ofrece al Derecho penal. Sostiene, desde esa perspectiva, que incumbe en realidad al Derecho procesal la tarea de determinar los límites de lo punible – entendido como lo merecedor de pena según el Derecho vigente –, que ya no se puede concretar únicamente a través del Derecho material – puesto que el contenido del mismo “es demasiado reducido para dar lugar a una restricción relevante del Derecho penal”<sup>98</sup> – sino que es indispensable que se agreguen al contenido consensuado del concepto material de delito consideraciones relativas a la necesidad de pena, que vienen dadas precisamente por el Derecho procesal<sup>99</sup>.

En esta línea también se enmarca la concepción defendida por Frisch, quien asevera que la definición misma del delito estaría condicionada por la sanción penal: “delito sólo puede ser aquello frente a lo que, según la importancia de la pena, aparece como justo reaccionar con ella”<sup>100</sup> o, dicho de otro modo, “lo que no justifica una privación de libertad no puede llegar a definirse como delito”<sup>101</sup>. Sin embargo, cuando se verifica un desajuste entre el delito definido en tales términos y la pena es perfectamente admisible el recurso a determinados ‘correctivos’ – las instituciones procesales (como el sobreseimiento por insignificancia) o la imposición de condiciones de punibilidad – que tratarían de subsanar las mencionadas desconexiones y armonizar las exigencias expresadas en el concepto material de delito respecto de un hecho y los elementos del delito. Una construcción dirigida a la satisfacción de las exigencias vinculadas al concepto material de delito tendría que incorporar a los elementos esenciales del delito las consideraciones relativas al merecimiento y a la necesidad de pena<sup>102</sup>. De este

equivalencia funcional entre las instituciones que deciden sobre la aplicación o no de la pena defendida por Freund, afirma Silva Sánchez que “bajo el imperialismo de la idea de necesidad, se corre el riesgo de una absoluta indiferenciación de instituciones en el seno de la sistemática del delito”, es decir, “seguramente es cierto que el sistema ‘integral’ del delito debe tomar como denominador común de todas sus instituciones la idea de ‘necesidad’”, pero – concluye – “también parece obvio que no es lo mismo que se deje de imponer la sanción por pura falta de necesidad, que el que ello tenga lugar ‘ya’ por falta de merecimiento” (SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, “Introducción: dimensiones de la sistemática de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p.23).

<sup>98</sup> KUHLEN, L. “¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de un concepto material de delito?”, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, p.151.

<sup>99</sup> En definitiva, asevera Kuhlen (“¿Es posible limitar el Derecho penal...?”, p.149) que “sería de gran calado y alcance afirmar por ejemplo que el Derecho material traza los límites del ámbito de lo que merece pena (según puntos de vista inherentes al hecho), y el Derecho procesal permite establecer la sanción real adicional en función de aspectos (no inherentes al hecho) de necesidad de pena (como sería un interés público variable en la persecución penal o la capacidad de los correspondientes órganos de la persecución penal)”.

<sup>100</sup> FRISCH, W., “Delito y sistema del delito”, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p.208.

<sup>101</sup> FRISCH, W., “Delito y sistema del delito”, p.209.

<sup>102</sup> Frisch apunta que “se perciben pocos aspectos del concepto material de delito cuando el injusto y la culpabilidad se elevan a elementos fundamentales del delito”, añadiendo que “tampoco en la tripartición corriente entre tipo, antijuridicidad y culpabilidad se hallan de manera explícita estos conceptos básicos del delito material”. En realidad, concluye, “sólo en las llamadas causas de exclusión de la punibilidad, causas de levantamiento de pena y determinadas condiciones objetivas de punibilidad aparecen representadas consideraciones específicas de merecimiento y necesidad de pena añadidas a la tipicidad, el injusto y la culpabilidad”, con lo cual se debe indagar

modo, aparece como obligada la introducción de los aspectos procesales en el concepto material de delito que propone Frisch, que a ejemplo de Wolter, Freund y Kuhlen también defiende la incorporación en el sistema del delito de las instituciones procesales<sup>103</sup>. La concreción del delito también dependería, por tanto, de las instituciones procesales.

Este planteamiento funcional del delito y de la pena explica la conducta humana con base en principios del entendimiento práctico, es decir, el sentido de la actuación humana se debe buscar en principios condicionados por los fines del Derecho penal y por la necesidad de atribución de responsabilidad para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito. Dentro de ese modelo, no habría obstáculo alguno a la integración en el concepto de delito de todo lo que, desde el punto de vista funcional, pudiera influir sobre la dimensión social-comunicativa de la conducta humana o contribuir para el significado global del hecho. Las consideraciones funcionalistas presentan una tal flexibilidad que darían entrada libre en el concepto de delito a todos los elementos portadores de cierto sentido comunicativo, es decir, a todo lo que trascendiera a la conducta del sujeto y pudiera afectar a la significación social de la misma, lo que indudablemente supondría una extensión del ámbito del delito y la subordinación de su contenido a valoraciones que no encuentran límites en la realidad, sino únicamente en exigencias de orden funcional. Los ‘límites’ normativos a la configuración del delito son, si se obedece a dicho planteamiento, claramente relativos, lo que permitiría la introducción en el concepto del delito de elementos vinculados a la persecución procesal del mismo.

Desde nuestro punto de vista, no se puede compartir la postura que aboga por un concepto amplio de delito, en el que tendría cabida una categoría adicional – la punibilidad – y incluso las condiciones de procedibilidad. La denominada teoría ‘convencional’ del delito, al no integrar en su esfera los elementos pertenecientes a la punibilidad y las instituciones procesales, no se encierra “en la fortaleza del injusto culpable”<sup>104</sup>, sino que trata de respetar el criterio valorativo fundamental del respeto a la dignidad humana, que tiene una vigencia permanente frente a todos los demás valores, que sólo pueden ser valores contingentes<sup>105</sup>. La postura finalista que aquí se adopta atiende a la estructura de la materia – al hombre y a la actividad que éste realiza - y sólo conocida ésta tienen lugar las estimaciones y valoraciones adecuadas sobre la misma. Tal postura no elabora el concepto del delito en función de las exigencias de la praxis, sino que encamina sus esfuerzos hacia la construcción de un sistema penal hecho a la medida del ser humano, “como una realidad cargada con la fuerza de su dignidad inmanente y,

si “este canon, casi inexplorado, de requisitos adicionales en el conjunto de las otras categorías del delito expresa realmente de manera adecuada los requisitos de merecimiento y necesidad de pena, teniendo en cuenta así el concepto material de delito” (“Delito y sistema del delito”, p.212).

<sup>103</sup> FRISCH, W., “Delito y sistema del delito”, pp. 215 y ss. En este sentido, admite que “es poco razonable diseñar aisladamente categorías y soluciones sutiles en el ámbito del Derecho material si éstas no pueden traducirse posteriormente en el proceso” (“Delito y sistema del delito”, p.275).

<sup>104</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Introducción...”, p.21.

<sup>105</sup> Véase, por todos, GRACIA MARTÍN, L., Prólogo al libro de RUEDA MARTÍN, M. A. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, p.31.

por ello intangible”<sup>106</sup>. Un sistema así construido, en mi opinión, es el único que se revela idóneo a fundamentar una praxis racional y equilibrada, pues la elaboración de las categorías del delito en función de la pena o la ampliación del sistema con el objetivo de incorporar el contenido de la punibilidad o las instituciones procesales comprometería la unidad del sistema y, sobre todo, pondría en riesgo su coherencia interna, una vez que la configuración del delito estaría expuesta a valoraciones contingentes y oportunistas.

La aceptación de un concepto estricto y riguroso de delito, que no incorpora en su ámbito circunstancias que obedecen a consideraciones político-criminales o vinculadas a la necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general y/o especial, no vislumbra ningún inconveniente en la ubicación sistemática de las condiciones de punibilidad (condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias en sentido amplio) en la categoría de la punibilidad. La punibilidad es la sede adecuada de todas las circunstancias que condicionan la aplicación de la pena por razones político-criminales o relacionadas con los fines de la misma. Ello no significa, sin embargo, que el ámbito de la punibilidad pueda dar cabida a todos los elementos que se fundamenten en razones político-criminales, como las condiciones de procedibilidad. Para que una determinada circunstancia pueda situarse en la punibilidad debe, de hecho, estar informada por las razones político-criminales que fundamentan dicha categoría pero, además de eso, también debe operar como condicionante de la imposición de la pena, y no de la persecución penal.

<sup>106</sup> GRACIA MARTÍN, L., *Prólogo...*, p.28.